

**DAS ERFORDERNIS DER
GEGENSEITIGKEIT BEI DER
KONKURSAUFRECHNUNG DURCH
EINEN KOMMANDITISTEN GEGEN DIE
INANSPRUCHNAHME AUS
§ 171 ABS. 2 HGB**

INAUGURAL – DISSERTATION
ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE DER
HOHEN RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
DER ALBERT-LUDWIGS-UNIVERSITÄT
ZU FREIBURG IM BREISGAU

VON

GEORG-CHRISTOPH LICHTENBERG

1981

DAS ERFORDERNIS DER GEGENSEITIGKEIT
BEI DER KONKURSAUFRECHNUNG DURCH EINEN KOMMANDITISTEN
GEGEN DIE INANSPRUCHNAHME AUS § 171 ABS. 2 HGB

INAUGURAL - DISSERTATION
ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE DER
HOHEN RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT
DER ALBERT-LUDWIGS-UNIVERSITÄT
ZU FREIBURG IM BREISGAU

VON

GEORG-CHRISTOPH LICHTENBERG

AUS

GÖTTINGEN



Dekan: Prof. Dr. A. Dieckmann

Erstreferent: Prof. Dr. Peter Arens

Zweitreferent: Privatdozent Dr. Peter Dietrich

Tag der mündlichen Prüfung: 9./10. 2. 1981 .

G l i e d e r u n g

Seiten

Einleitung

5 - 9

Kurze Darstellung der Kommanditistenhaftung außerhalb des Konkurses und der möglichen Einwendungen

1. Haftung im Außenverhältnis

10 - 14

2. Haftung im Innenverhältnis

14 - 17

3. Einwendungen gegen die Inanspruchnahme aus der Kommanditistenhaftung - insbesondere Aufrechnung

a) Im Innenverhältnis

17 - 20

b) Im Außenverhältnis

20 - 22

aa) Gegenseitigkeit bei der Aufrechnung gegen den Anspruch auf die Haftsumme

23 - 29

bb) Besonderheiten beim ausgeschiedenen Kommanditisten

29 - 33

4. Ergebnisse

33 - 35

Kurze Darstellung der Kommanditistenhaftung im Konkurs und Einwendungen - insbesondere Aufrechnung - dagegen

1. Die Haftung im Innenverhältnis

36 - 37

2. Die Haftsumme gem. § 171 HGB im Konkurs

38 - 40

a) Anspruchsträger der eingezogenen Haftsumme

40 - 45

b) Rechtszuständigkeit des gem. § 171 II HGB Eingezogenen

46 - 50

3. Ergebnisse

50 - 51

	Seiten
III. 171 Abs. 2 HGB als "cessio legis"?	
1. Begründung Levens	52 - 53
2. Kritik an der Auffassung Levens	54 - 55
3. Ergebnis	55
IV. Darstellung der Konkursaufrechnung durch den Kommanditisten gegen die Inanspruchnahme auf die Hafstumme anhand der wichtigsten Entscheidungen des BGH und des Reichsgerichts	
1. BGHZ 58, 72 ff	56 - 58
2. OLG Hamburg in HRR 1934, 1042, 1043	58 - 59
3. RG Rechtsprechung	
a) RGZ 37, 82 ff	59 - 60
b) RGZ 63, 265 ff	60 - 61
V. Überprüfung der BGH Rechtsprechung hinsichtlich der Gegenseitigkeit gem. § 387 BGB bei der Aufrechnung gegen den Anspruch auf Einziehung der Haftsumme	62
1. Überprüfung der Prämisse, daß § 387 BGB bei der Aufrechnung außerhalb des Konkurses entsprechend anwendbar sei	62 - 63
a) Prüfung ob die Interessenlage des Kommanditisten außerhalb des Konkurses überhaupt eine ent- sprechende Anwendung von § 387 BGB erfordert	64
aa) Allgemeine Bedeutung des Gegenseitigkeitser- fordernisses bei der Aufrechnung	64 - 69
bb) Abwägung der Bedeutung des Gegenseitigkeits- erfordernisses mit den Interessen des Kommanditisten, der Gläubiger und der Gesellschaft	70 - 73
d) Ergebnis	73

	Seiten
2. Überprüfung der weiteren Prämisse, daß § 387 BGB auch im Konkurs entsprechend anwendbar sei anhand typischer gesellschafts- rechtlicher Aufrechnungslagen	73
a) "normale" Drittgläubigerforderungen	74 - 77
b) Regreßforderungen für Erstattungs- ansprüche aus Schuldbeitritt und Bürgschaft	78 - 83
c) Weitere Sozialforderungen	83 - 85
d) Zweifel an der grundsätzlichen Zulässig- keit der Nennwertaufrechnung im Gesellschaftskonkurs	85 - 91
e) Drittgläubiger - oder Sozialforderungen des ausgeschiedenen Kommanditisten	92
f) Zulässigkeit der Konkursaufrechnung bei der GmbH & Co KG?	93
aa) Gläubigerschutz bei KG und GmbH	93 - 96
bb) Darstellung der Bereiche, in denen das Recht der GmbH bereits bei der GmbH & Co KG Anwendung findet	96 - 98
cc) Anwendung des GmbH Rechts auch bezüglich der Aufrechnung gegen den Anspruch aus § 171 II HGB bei der GmbH & Co KG	98 - 100
g) Ergebnis	100 - 102
VI. Zusammenfassung	103 - 104
Literaturverzeichnis	105 - 109
Lebenslauf	110

Einleitung

Das Problem:

Die Aufrechnung gem. §§ 387 ff BGB ist die wechselseitige Tilgung zweier sich gegenüberstehender Forderungen durch Verrechnung, die dem Zweck dient, ein unwirtschaftliches Hin- und Her zu vermeiden, sowie den Schuldner wegen der eigenen Forderung zu befriedigen. Unter den Voraussetzungen der Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit, Fälligkeit und Einredefreiheit der Forderung, mit der aufgerechnet wird, kann die Aufrechnung einseitig vorgenommen werden.

In der Konkursordnung schließen die die Aufrechnung regelnden Vorschriften der §§ 53 ff KO folgerichtig an die Vorschriften der Absonderung an.

Da der Aufrechnende im Konkurs sich für seine Forderung nicht nur quotenmäßig, sondern in voller Höhe aus der Gegenforderung befriedigen kann, bedeutet die Konkursaufrechnung tatsächlich ein der Absonderung gleichartiges Gläubigerprivileg.¹⁾

Dies kommt insbesondere durch die Erweiterung der Aufrechnungsbefugnis im Konkurs zum Ausdruck. § 387 BGB verlangt, daß die beiden Forderungen gleichartig sind, § 54 Abs.

1, 4 KO läßt demgegenüber eine Aufrechnung durch den Gläubiger auch dann zu, wenn seine Forderung nicht auf Geld gerichtet ist. Sie wird gem. §§ 69, 70 KO auf Geld umgestellt.

Ferner muß gem. § 387 BGB die Forderung des Gläubigers fällig, die Gegenforderung erfüllbar sein. Aus Billigkeitsgründen bestimmt § 54 Abs. 1-3 KO zugunsten des Konkursgläubigers, daß eine Aufrechnung auch dann möglich ist, wenn die eine oder die andere Forderung (oder beide) bedingt oder betagt sind.

1) vergl. Baumann, Konkurs u. Vergleich S. 125

Nicht dagegen erweitern die konkursrechtlichen Vorschriften die Aufrechnungsbefugnis im Hinblick auf das Erfordernis der Gegenseitigkeit gem. § 387 BGB. Gegenseitigkeit im Sinne dieser Vorschrift bedeutet, daß der Gläubiger der einen Forderung Schuldner der anderen sein muß.

Vielmehr wird durch die Vorschriften des § 55 KO das Erfordernis der Gegenseitigkeit in zeitlicher Hinsicht verstärkt, um so die mißbräuchliche Privilegierung einzelner Gläubiger durch Schaffung künstlicher Aufrechnungslagen nach Konkurseröffnung oder nach Kenntnis der Krise zu verhindern.

Wegen der durch die Aufrechnung gegebenen Gläubigerprivilegierung ist somit das Vorliegen der Gegenseitigkeit gem. §§ 387 BGB, 55 KO im Konkursfalle besonders bedeutsam. Es ist z.B. wegen mangelnder Gegenseitigkeit dem Bürgen verwehrt, gegen die Hauptschuld, dem Aussteller eines Wechsels mit einer ihm gegen den Wechselinhaber zustehenden Forderung gegen die Schuld des Akzeptanten aufzurechnen.²⁾

Jedoch steht das Erfordernis der Gegenseitigkeit in folgenden Fällen der Aufrechnung nicht entgegen:

Wegen § 406 BGB kann der Schuldner einer abgetretenen Forderung auch gegenüber dem neuen Gläubiger unter den in § 406 BGB normierten Voraussetzungen aufrechnen.

Beim Kommissionsgeschäft kann nach h.M. der Schuldner des Ausrichtungsgeschäftes (Dritter) gegen diese seine Schuld mit einer ihm gegen den Kommissionär zustehenden Forderung aufrechnen, wobei die Fiktion des § 392 II HGB dem nicht im Wege steht.³⁾

2) vergl. Mentzel/Kuhn, § 53 Anm. 5

3) vergl. Jaeger/Lent § 53 Rdn 7

Wegen der persönlichen Haftung der Gesellschafter einer OHG kann der Privatschuldner eines Gesellschafters mit einer gegen die Gesellschaft gerichteten Forderung aufrechnen.⁴⁾

Auch wurde es in Einzelfällen für zulässig erachtet, daß der Schuldner einer sogenannten "Kriegsgesellschaft" - das waren Gesellschaften privaten Rechts, deren Alleingesellschafter das deutsche Reich war - unter bestimmten Voraussetzungen mit einer ihm gegen das Reich zustehenden Forderung aufrechnen durfte.⁵⁾

Der BGH hat kürzlich in einigen Entscheidungen die Rechtsprechung des RG bekräftigt,⁶⁾ daß auch ein Kommanditist gegen den Haftungsanspruch, der gem. § 171 Abs. 2 HGB durch den Konkursverwalter gegen ihn geltend gemacht wird, mit einer gegen die Gesellschaft gerichteten Forderung aufrechnen kann.

Diese Rechtsprechung ist insofern bemerkenswert, als der Anspruch aus § 171 Abs. 1 HGB den Gesellschaftsgläubigern unmittelbar zusteht, es somit bei einer Aufrechnung an der erforderlichen Gegenseitigkeit fehlt.

Der BGH rechtfertigte dabei die entsprechende Anwendung von § 387 BGB damit, - das RG ging über diese Problematik hinweg - daß sich der Gesellschafter außerhalb des Konkurses durch Zahlung an die Gesellschaftskasse von seiner Haftung gem. § 171 Abs. 1 HGB befreien könne und daher eine Interessenwertung die entsprechende Anwendung von § 387 BGB rechtfertige.

Diese mit einer reinen Interessenwertung begründete und sich vom Gedanken der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung im Konkurs einen weiteren Schritt entfernende Rechtsprechung

4) vergl. Jaeger/Lent § 53, Rdn 16

5) vergl. Blomeyer, Schuldrecht, S. 241, 242

6) (grundlegend BGHZ 58, 72 ff; BGH in WM 74, 1005; WM 76, 107)

wirft zahlreiche Probleme auf, die es fraglich erscheinen lassen, ob die getroffene Interessenwertung den vielfältigen bei der Aufrechnung gegen den Hafteinlagenanspruch gegebenen Fallkonstellationen gerecht werden kann.

Wie etwa steht es mit den ausgeschiedenen Kommanditisten? Die Rechtsprechung läßt hier keine Aufrechnung zu.

Welche Gegenforderungen des Kommanditisten rechtfertigen vom Standpunkt einer Interessenwertung die analoge Anwendung von § 387 BGB?

Bei Illiquidität der KG wird durch die Aufrechnung aus einer wertlosen Forderung eine gute.

Der BGH lehnt die Aufrechnung mit einem Erstattungsanspruch aus Bürgschaft oder Schuldbeitritt bis in Höhe der ausstehenden Hafteinlage ab. ⁷⁾

Ebenso wird die Aufrechnung mit einer wertlosen Drittgläubigerforderung abgelehnt. ⁸⁾

Ist die BGH Rechtsprechung auch bei der rein kapitalistischen KG - der GmbH & Co KG - noch anwendbar, wobei auf die gesetzlichen Aufrechnungsverbote betreffend Einlageleistungen in § 19 Abs. 2 GmbHG, §§ 60 Abs. 1, 219 AktG und § 22 Abs. 3 GenG - also das Aufrechnungsverbot bei Einlageleistungen für alle Kapitalgesellschaften hinzuweisen wäre?

Die Untersuchung ist wie folgt aufgebaut:

Nach Darstellung der Kommanditistenhaftung außerhalb und innerhalb des Konkurses und der Einwendungsmöglichkeiten dagegen werden die wichtigsten Entscheidungen betreffend die Aufrechnung gegen die Inanspruchnahme aus § 171 Abs. 2 KO kurz wiedergegeben.

7) BGHZ 58, 72 ff; BGH in WM 74, 1004-5

8) BGH in WM 76, 107

Sodann wird die grundlegende Entscheidung des BGHZ 58, 72 ff überprüft. Dabei soll die Bedeutung des Gegenseitigkeitserfordernisses für die Aufrechnung aufgezeigt werden. Anschließend soll anhand möglichst zahlreicher Fälle herausgearbeitet werden, inwiefern auch von der gesellschaftsrechtlichen Interessenlage tatsächlich noch ein Bedürfnis für die entsprechende Anwendung von § 387 BGB besteht. Dabei wird auch noch auf die Besonderheiten bei der GmbH & Co KG eingegangen.

I. Kurze Darstellung der Kommanditistenhaftung außerhalb des Konkurses und der möglichen Einwendungen

1. Haftung im Außenverhältnis:

Nach der Vorschrift des § 171 Abs.1 HGB haftet der Kommanditist den Gläubigern der KG "bis zur Höhe seiner Einlage unmittelbar". Diese beschränkte Haftung "ist ausgeschlossen, soweit die Einlage geleistet ist". Die persönliche Haftung ist somit unmittelbar und primär. ⁹⁾

Nach ganz überwiegender Meinung ¹⁰⁾ wurde bislang angenommen, daß die Kommanditistenhaftung sich von der des Komplementärs oder des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft nur der Höhe oder dem Umfang nach durch ihre Beschränkung auf die Einlage unterscheide.

Demgegenüber betonte eine Mindermeinung, daß der Kommanditist grundsätzlich nur auf Schadensersatz hafte. ¹¹⁾

Eine nunmehr von Westermann ¹²⁾ vorgenommene Modifizierung der bislang h.M. geht dahin, daß bei einem Kommanditisten die Grenze zwischen Gesellschafts- und Privatsphäre anders verlaufen könne, als bei dem Komplementär oder OHG Gesellschafter, da er nicht im selben Maße wie diese in die Gesellschaftssphäre einbezogen sei. Beispielsweise träfen den Kommanditisten grundsätzlich keine Pflichten zur Mitarbeit und auch kein Wettbewerbsverbot, was im Einzelfall dazu führen könne, daß der Kommanditist nur auf das Erfüllungsinteresse hafte, während der Komplementär naturale Leistung schulde.

9) vergl. Westermann, Personengesellschaften I, Rdn, 906
10) vergl. Schilling, Anm. 3 zu § 171; Kornblum S.212 m.w.N.
11) vergl. Kornblum, S. 212, Fußn. 14 m.w.N.
12) vergl. Westermann, I, Rdnr. 903, S. 535 und Schilling
Anm. 9 zu § 171

Die Außenhaftung des Kommanditisten wird heute einhellig als Hafteinlage oder Haftsumme bezeichnet, die streng von der Verpflichtung zur Einlageleistung im Verhältnis der Gesellschafter untereinander, der sogenannten Pflichteinlage, zu unterscheiden ist.¹³⁾

Die besondere Problematik bei der Kommanditistenhaftung ergibt sich daraus, daß das Gesetz die Unterscheidung von Hafteinlage, bzw. Haftsumme und Pflichteinlage nicht kennt. Diese Begriffe haben sich vielmehr aufgrund der "gesellschaftsrechtlichen Autonomie"¹⁴⁾ entwickelt.

Das Gesetz verwendet lediglich den Begriff "Einlage", wobei diese in den §§ 161, 162, 171, 172, 174 und 175 HGB als die Hafteinlage bzw. Haftsumme, in den §§ 167 und 169 HGB als die Pflichteinlage anzusehen ist.¹⁵⁾

Wohl aus diesem Grunde war im Jahre 1906 das RG, als es die für die Kommanditistenaufrechnung gegen den Einlageanspruch grundlegende Entscheidung fällte, von dem undifferenzierten Einlagebegriff des Gesetzes ausgegangen.¹⁶⁾

In der jüngeren Literatur wendet sich eine Reihe von Autoren gegen den für die Außenhaftung bislang verwendeten Begriff "Hafteinlage". Diese Bezeichnung sei unzutreffend, da eine "Einlage" in technischem Sinne stets ein Gesellschafterbeitrag sei, mit "Hafteinlage" aber entweder die Haftung gem. § 172 Abs. 1 HGB oder die haftungsbefreiende Wirkung der Einlageleistung gem. § 171 Abs. 1, 2. Halbs.HGB

13) vergl. Schilling, Anm. 12. zu § 161; H. Westermann in Festschrift für C.H. Barz S.82; Ritter, Anm. 4 b zu § 161; Schlegelberger/Geßler, Anm. 10-11 zu § 161 Baumbach-Duden, Anm. 1 zu § 171

14) H. Westermann, a.a.O. S. 81

15) vergl. Schilling, Anm. 12 zu § 161

16) vergl. RGZ 63, 265 ff

und damit nur die Rechtsfolge einer Einlageleistung gemeint sei. 17)

In Anlehnung an diese Überlegungen wird im folgenden die Außenhaftung des Kommanditisten als "Haftsumme", das tatsächlich eingebrachte Vermögen als "Einlage", und der nach dem Gesellschaftsvertrag einzubringende Kapitalanteil als "Pflichteinlage" bezeichnet.

Für das Entstehen der beschränkten Haftung im Außenverhältnis kommt es nicht darauf an, was eingelegt ist oder nach Vertrag eingelegt werden soll, sondern auf die Bestimmung der Haftung, für die gem. § 172 Abs. 1 HGB allein die Eintragung im Handelsregister maßgeblich ist. Eine Ausnahme davon bildet die nachträgliche Erhöhung der Haftsumme, die den Gläubigern gegenüber auch durch handelsübliche Kundmachung oder besondere Mitteilung wirksam werden kann. 18)

Umstritten ist, ob eine Unterbewertung von Sacheinlagen durch die Gesellschafter für das Außenverhältnis als Erhöhung der Hafteinlage relevant ist, oder nicht. 19) Die h.M. stellt auf die Absicht der Gesellschafter ab, zu der aber noch die handelsübliche Kundmachung oder besondere Mitteilung hinzutreten muß. 20)

Die Eintragung der Haftsumme ins Handelsregister wirkt somit für die Entstehung der Haftung und ihre Begrenzung konstitutiv.

17) vergl. Karsten Schmidt, Kommanditisteneinlage - Kapitalaufbringung u. Kapitalerhaltung in der KG, ZGR 76, S. 311; H. Westermann, a.a.O. S. 82

18) vergl. H. Westermann in Festschrift für Barz, S. 82

19) vergl. Kornblum, S. 216 m.w.N.

20) vergl. H. Westermann, Personengesellschaften I, Rdn. 925

Es sei dazu noch angemerkt, daß umstritten ist, ob die Eintragung als Kommanditist ohne Angabe des Höchstbetrages der Haftung haftungsbegrenzend wirkt; ²¹⁾ da es bei dieser Streitfrage jedoch darum geht, ob eine unbegrenzte Haftung vorliegt oder eine Haftungsbegrenzung eingetreten ist, braucht sie im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter untersucht zu werden.

Die konstitutive Wirkung der Eintragung geht so weit, daß die Außenhaftung auch eintritt, wenn die Eintragung der Haftsumme durch keinerlei Vereinbarung gedeckt ist oder beispielsweise durch Versehen des Registerführers abweichend von der Anmeldung vorgenommen wurde; wobei allerdings überwiegend die Ansicht vertreten wird, daß nur der "gutgläubige Dritte" sich auf die unrichtige Eintragung berufen könne. ²²⁾

Die Besonderheit der Außenhaftung des Kommanditisten besteht darin, daß sie gem. § 171 Abs. 1, 2. Halbs. HGB "ausgeschlossen ist, soweit die Einlage geleistet ist". ²³⁾

Nach dem Ausscheiden aus der Gesellschaft besteht die unmittelbare Haftung des Kommanditisten im Außenverhältnis fort, allerdings nur für solche Gesellschaftsschulden, die im Zeitpunkt seines Ausscheidens bereits bestanden haben. Erst fünf Jahre nach seinem Ausscheiden ist der Kommanditist berechtigt, die Befriedigung dieser Verbindlichkeiten zu verweigern (Verjährung gem. §§ 159, 161 Abs. 2 HGB).

21) Westermann, I, Rdn. 909

22) vergl. Westermann, Festschr. für Barz S. 86 m.w.N.

23) Zur Frage der Art u. Bewertung der "Einlageleistung" siehe unten I.2

Neben der unmittelbaren Haftung gem. § 171 Abs. 1 HGB ist auch eine mittelbare Haftung des Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern möglich. Diese ergibt sich dann, wenn ein Gesellschaftsgläubiger sich einen noch bestehenden Pflichteinlageanspruch oder eine sonstige Forderung der KG gegen den Kommanditisten hat pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen.²⁴⁾

2. Haftung im Innenverhältnis

Die Haftung im Innenverhältnis der KG, die sogenannte Pflichteinlage, bestimmt sich nach dem Gesellschaftsvertrag. Sie kann auf Erbringung einer Geld-, sonstigen Sach- oder einer Dienstleistung gerichtet sein.

Als Sacheinlage kommen z.B. die Einbringung eines Grundstücks, Maschinen, aber auch die Einbringung eines Handelsgeschäfts, eines Patents oder Fabrikgeheimnisses in Betracht. Sogar das "Know how" ist ein geeigneter Einbringungsgegenstand.²⁵⁾ Auch sind Forderungen und zwar auch zukünftige und solche gegen die Gesellschaft zulässige Einlagen, beispielsweise Warenforderungen eines Dritten, der der Gesellschaft als Kommanditist beitrifft oder Forderungen gegen den früheren Geschäftsinhaber, der sein Unternehmen in die neu zu gründende Gesellschaft einbringt. Diese Art der Einlageleistung kommt bei Unternehmenssanierungen in Betracht.²⁶⁾

24) vergl. Schlegelberger/Geßler, Anm. 4 zu § 171; Schilling, Anm. 4 zu § 171

25) Schilling, § 161 Anm. 13 m.w.N.

26) Schilling, a.a.O. m.w.N.; unten IV.2. d

Die Einlagepflicht kann auch in der Verpflichtung bestehen, daß der Kommanditist bestimmte Gesellschaftsgläubiger unmittelbar zu befriedigen hat und dadurch die Gesellschaft von Verbindlichkeiten befreit. ²⁷⁾

Nach h.M. ²⁸⁾ steht dem Kommanditisten diese Möglichkeit auch dann zu, wenn er dem Gesellschaftsgläubiger noch aus einem andern Rechtsgrund als aus § 171 Abs. 1 HGB, z.B. als Bürge, haftet.

Die Einlageleistung durch Gläubigerbefriedigung kann auch - sofern der Gesellschaftsvertrag dies zuläßt - an erfüllungsstatt erfolgen. ²⁹⁾

Wegen mangelnder Bilanzfähigkeit von Gebrauchsüberlassungen und Dienstleistungen als solcher ist deren Einlagefähigkeit umstritten. ³⁰⁾

Nach h. M. sind jedoch auch diese Leistungen taugliche Einlagen, sofern nicht nur die gelegentliche aus Hilfsweise Leistung von Diensten vereinbart worden ist. ³¹⁾

Die Bewertung einer Sach- oder Dienstleistungseinlage im Innenverhältnis ist ausschließlich Sache der Gesellschaft. ³²⁾ Gehen diese zu Unrecht davon aus, daß die vertragliche Bewertung dem wirklichen Wert des Einzubringenden entspreche, ist ggf. nach § 139 BGB eine den Besonderheiten des Gesellschaftsverhältnisses anzupassende Sach- und Rechtsmängelhaftung gegeben, in Ausnahmefällen kann sich aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht eine Anpassungspflicht ergeben, auch wenn ein Rechts- oder Sachmangel im technischen Sinne nicht vorliegt. ³³⁾

27) Schilling, § 171 Anm. 20

28) Kornblum, S. 217, Fußn. 12 m.w.N.

29) Schilling, Anm. 27 zu § 171

30) vergl. K. Schmidt, S. 14

31) Schilling, § 161 Anm. 13; Schlegelberger/Geßler, § 161 Anm. 15; Schmidt, S. 16

32) Schilling a.a.O.

33) H. Westermann, in Festschr. für Ch. H. Barz, S. 83 m.w.N.

In der Praxis werden im Gesellschaftsvertrag meist die Pflichteinlage und die Haftsumme in gleicher Höhe festgesetzt. Die Einlage braucht sich aber keinesfalls mit der eingetragenen Haftsumme zu decken, sie kann höher oder niedriger sein.³⁴⁾

Die Unterschiedlichkeit kann unabsichtlich eintreten oder bewußt vereinbart sein.

Die unbeabsichtigte Unterschiedlichkeit kann sich durch eine im Gesellschaftsvertrag vorgenommene falsche Bewertung einer Sacheinlage, z.B. eines Grundstücks oder eines einzubringenden Handelsgeschäfts ergeben. Denn im Gegensatz zu der im Innenverhältnis getroffenen Bewertung der Sacheinlage, die der vertraglichen Autonomie der Gesellschafter unterfällt, ist für die Bewertung der Hafteinlage nach ganz h.M. allein der objektive Vermögenswert der erbrachten Einlage - bei einem Grundstück also der Verkehrswert - maßgeblich.³⁵⁾ Eine bewußte Unterschiedlichkeit zwischen vertraglich bedungener Pflichteinlage und der Hafteinlage kann sogar so weit gehen, daß der Gesellschaftsvertrag bestimmt, daß die Pflichteinlage lediglich in der Übernahme der Haftung bis zu einer bestimmten Geldsumme besteht. Die Einbringung eines Geldbetrages ist damit geradezu ausgeschlossen, und die Mitgesellschafter können sogar verpflichtet sein, den Kommanditisten im Innenverhältnis auch von dieser Haftung freizustellen.³⁶⁾

In der Praxis häufiger ist jedoch die bewußte Unterbewertung von Sacheinlagen bei der Einbringung zum Buchwert gegeben. Beispielsweise für den Fall einer Betriebsaufspaltung, bei der die neue Gesellschaft Eigentümerin und Verwalterin von ursprünglich zu einem Handels- oder Produktionsbetrieb gehörenden Grundstücken und Gebäuden werden soll, die aus ertragsteuerlichen Gründen lediglich zum Buchwert in die neue Gesellschaft eingebracht werden.

34) vergl. Gursky DB 78, 1261; H. Westermann in Festschr. für Barz, S. 84

35) vergl. Westermann, Festschr. f. C.H. Barz, S. 84; Kornblum, S. 216, Fußn. 4 m.w.N.

36) vergl. Unger, KTS 1960, S. 37

Ebenso ist es bei Fusionen oft steuerlich von Interesse, ein Unternehmen zum Buchwert einzubringen. Für die Haftsumme ist auch in diesen Fällen der wirkliche Wert des Eingebraachten maßgeblich, und zwar auch bei nachträglicher Erhöhung der Haftsumme - letzteres ist jedoch nicht ganz unbestritten.³⁷⁾

Zwischen Haftsumme und Pflichteinlage besteht aber durch die Regelungen der §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB ein enger Funktionszusammenhang, der sich auf den Umfang der Haftung im Außenverhältnis (s. unten I.3. b) auswirkt.³⁸⁾

Die Haftung des ausgeschiedenen Kommanditisten im Innenverhältnis auf Erbringung einer Pflichteinlage ist durch die Beendigung der Gesellschafterstellung des Ausgeschiedenen ausgeschlossen.

3. Einwendungen gegen die Inanspruchnahme aus der Kommanditistenhaftung - insbesondere Aufrechnung

a) im Innenverhältnis:

Der Anspruch im Innenverhältnis, die Pflichteinlage, steht der Gesellschaft zu und ist auf den Gesellschaftsvertrag gestützt.

Folglich kann der hieraus von der Gesellschaft in Anspruch genommene Kommanditist alle ihm gegen die Gesellschaft zustehenden Einwendungen, soweit sie der Gesellschaftsvertrag zuläßt, geltend machen. Als mögliche Einwendungen kommen beispielsweise Erlaß, Stundung oder Aufrechnung in Betracht.³⁹⁾

37) vergl. H. Westermann, Festschr. f. C.H. Barz, S. 85; Schlegelberger/Geßler zu § 171 Anm. 13

38) vergl. Kuhn, die Rspr. des BGH zur KG, Sonderbeilage Nr. 1/78 S.9 in WM 78; H. Westermann a.a.O.S.83

39) vergl. Unger, KTS 1960, S. 36

Bei im Innenverhältnis wirksamen Erlaß oder Stundung ist zu beachten, daß diese durch die ausdrückliche Regelung des § 172 Abs. 3 HGB den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber unwirksam sind.

Bei der Aufrechnung gelten weitere Besonderheiten. Grundsätzlich ist es dem Kommanditisten möglich, mit sämtlichen Forderungen gegen die Gesellschaft nach Maßgabe der §§ 387 ff BGB aufzurechnen, sofern hinsichtlich des Pflichteinlageanspruchs das Erfordernis der Gleichartigkeit der Forderungen gegeben ist.

Probleme hinsichtlich der Gegenseitigkeit ergeben sich nicht.

Beispielsweise kann der Kommanditist, der lediglich in Erfüllung seiner Haftpflicht aus § 171 Abs. 1 HGB und nicht aus besonderer gesellschaftsvertraglicher Verpflichtung einen Gesellschaftsgläubiger befriedigt hat, mit dem ihm daraus nach § 110 HGB entstehenden Ersatzanspruch gegen die Einlageforderung der Gesellschaft aufrechnen. Letzteres jedoch nur, sofern diese Aufrechnung gem. §§ 387 ff BGB möglich ist.⁴⁰⁾

Der Aufrechnung kann jedoch die fehlende Gleichartigkeit der Forderung entgegenstehen, wenn die Einlageverpflichtung nur als Sach- oder Dienstleistung ausbedungen war ⁴¹⁾, beispielsweise der Kommanditist der Gesellschaft verpflichtet war, ein bestimmtes Grundstück und Gebäude zu übereignen. Die Aufrechnung mit einem Pflichteinlageanspruch ist auch konsequenterweise ausgeschlossen, wenn der Kommanditist im Innenverhältnis von der Einlagepflicht befreit ist ⁴²⁾ oder wenn die Einlage noch nicht fällig war.⁴³⁾

40) Schilling Anm. 27 zu § 171

41) Schilling a.a.O.

42) Unger KTS 1960 S. 37

43) Schilling a.a.O.

Ein möglicherweise gem. § 110 HGB gegen die Gesellschaft bestehender Ersatzanspruch gibt aber dem Gesellschafter im Falle der Andersartigkeit der Pflichteinlageforderung ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 BGB bis zur Befriedigung des Ersatzanspruches.⁴⁴⁾

Soweit ersichtlich, lehnte lediglich in der frühen Literatur Goldmann ⁴⁵⁾ die Aufrechnung gegen eine Einlageforderung grundsätzlich ab. Er stützte seine Ansicht auf ein Urteil des RG, das allerdings zum Aktienrecht ergangen war.⁴⁶⁾

Weiter sah Goldmann ein Aufrechnungshindernis in den §§ 717 BGB, 851 ZPO, 394 BGB.

Der Sozialanspruch gegen den Kommanditisten auf Leistung der versprochenen Beiträge sei gem. § 717 Abs. 1 BGB nicht übertragbar und somit auch gem. § 851 ZPO nicht pfändbar. Daher finde die Vorschrift des § 394 1 BGB Anwendung, so daß eine Aufrechnung ausgeschlossen sei.⁴⁷⁾

Diese Ansicht hat sich jedoch in der Folgezeit nicht durchgesetzt. Goldmann hat hier wohl übersehen, daß nur bei der BGB Gesellschaft die Sozialansprüche ausschließlich von den Gesellschaftern selbst geltend gemacht werden können.

Bei den Personengesellschaften des HGB (§ 124 HGB) und erst recht bei den Kapitalgesellschaften kann neben der actio pro socio die Gesellschaft im eigenen Namen die Gesellschafterbeiträge einziehen.⁴⁸⁾

Wenn der Sozialanspruch von der Gesellschaft selbst geltend gemacht wird und nicht höchstpersönlicher Natur ist, unterfällt er im Gegensatz zu dem von einem Gesellschafter gegen einen anderen Gesellschafter selbst geltend gemachten Anspruch (actio pro socio) nicht der Regelung des § 717 BGB.

44) Schilling a.a.O.

45) vergl. Goldmann Anm. 21 zu § 171 u. Anm. 18 zu § 129 HGB

46) RGZ 19, 128/129

47) Goldmann, Anm. 18 zu § 129

48) Weipert, § 124 Anm. 19, S. 201

Über diese Ansprüche kann die Gesellschaft vielmehr frei verfügen.⁴⁹⁾

Auch aus einer Zweckgebundenheit der Einlageforderung, die sich aus dem Kapitalaufbringungsgedanken herleiten ließe, die im Einzelfall zu einer Unpfändbarkeit führen könnte, läßt sich kein Aufrechnungshindernis gem. § 394 BGB begründen. Denn in einem solchen Falle könnte die Übertragbarkeit nur im Rahmen des Zwecks der Kapitalaufbringung ausgeschlossen sein, nicht aber gem. §§ 851 Abs.1 ZPO, 399 Abs.1 BGB.⁵⁰⁾

Einer Aufrechnung können somit die §§ 717 BGB, 851 ZPO und 394 BGB nicht im Wege stehen. Es bleibt aber festzuhalten, daß die Aufrechnung des Kommanditisten gegen den Pflichteinlageanspruch nicht uneingeschränkt möglich ist.

Hier schon wird darauf hingewiesen, daß im Konkursfalle die Regelung des § 54 Satz 1 KO das Aufrechnungsverbot für ungleiche Forderungen nicht beseitigen kann. Diese Befreiungsvorschrift greift in jedem Falle nur dann ein, wenn die Schuldnerforderung, hier also der Pflichteinlageanspruch der KG, auf Geld gerichtet ist, die Gläubigerforderung dagegen andersartig ist.⁵¹⁾

Bei einer geschuldeten Sacheinlage ist der Fall jedoch umgekehrt: Die Gläubiger-Forderung (Kommanditist) ist auf Geld gerichtet, die Forderung des Schuldners (Gesellschaft) ist aber andersartig, so daß die Privilegierung des § 54 Satz 1 KO nicht eingreift und es bei dem Aufrechnungsverbot des § 387 BGB bleibt.

49) Weipert, Anm. 13 zu § 109, S. 85
RGZ 76, 276, 280; RGZ 76, 434, 436

50) K. Schmidt, S. 66, 67

51) vergl. Jaeger-Lent, § 54 Anm. 1 u. 14

b) Im Außenverhältnis:

Wie oben (I.1) dargestellt, steht der Anspruch auf die Haftsumme nicht der Gesellschaft, sondern den Gesellschaftsgläubigern unmittelbar zu.

Dem Kommanditisten ist daher bei unmittelbarer Inanspruchnahme durch die Gesellschaftsgläubiger die Geltendmachung von ihm gegen die Gesellschaft zustehenden Einwendungen, wie Erlaß und Stundung (§ 172 Abs. 3 HGB), versagt.

Unger ⁵²⁾ will den Einwendungsausschluß für alle gegen die Gesellschaft bestehenden Einwendungen gelten lassen. Demgegenüber vertritt der BGH in ständiger Rechtsprechung ⁵³⁾, wie auch Leven ⁵⁴⁾, die Auffassung, daß außerhalb des Konkurses die Aufrechnung des Kommanditisten mit einer ihm gegen die KG zustehenden Forderung gegen die unmittelbare Inanspruchnahme durch die Gläubiger auf die Haftsumme trotz fehlender Gegenseitigkeit der Forderungen zulässig sei. Auf die Begründungsschwierigkeiten wird unten eingegangen. Die Aufrechnung außerhalb des Konkurses wegen fehlender Gegenseitigkeit halten von den jüngeren Autoren, soweit ersichtlich, explizit nur Weber ⁵⁵⁾ und Tschierschke ⁵⁶⁾ für ausgeschlossen.

Unstreitig ist dem Kommanditisten die Aufrechnung im Rahmen der §§ 387 ff BGB mit einer ihm gegen die KG zustehenden Forderung dann möglich, wenn der Gesellschaftsgläubiger den Kommanditisten mittelbar in Anspruch nimmt. Das ist dann der Fall, wenn er einen noch bestehenden Pflichteinklageanspruch der KG gepfändet hat und sich zur Einziehung hat überweisen lassen.

52) vergl. Unger KTS 1960, S. 36

53) zuletzt in WM 76, S. 107 m.w.N.

54) vergl. Leven, S. 102-104

55) vergl. Jaeger-Weber, §§ 209, 210 KO, Anm.31, S.779

56) vergl. S. 41 Abs. 3 u. indirekt S. 86

Für den Gläubiger ist das dann von Interesse, wenn die Pflichteinlage höher ist als die Haftsumme. 57)

Der Kommanditist kann dann dem Gläubiger alle Einwendungen entgegensetzen, die er hinsichtlich dieses Anspruchs gegen die KG selbst hat. 58)

Darüber hinaus stehen dem Kommanditisten alle Einwendungen gegen die unmittelbare Inanspruchnahme zu, die auch ein unbeschränkt haftender Gesellschafter erheben kann. 59)

Er kann dem Gläubiger alle Einwendungen entgegenhalten, die der KG selbst zustehen (§§ 129 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB). Ferner hat er ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn die Gesellschaft anfechtungsberechtigt ist oder der Gläubiger sich seinerseits durch Aufrechnung befriedigen kann (§§ 129 Abs. 2, 3, 161 Abs. 2 HGB).

Schließlich kann der Kommanditist die ihm gegen den Gläubiger persönlich zustehenden Einwendungen diesem entgegensetzen. So kann er auch die Gesellschaftsschuld mit einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Privatforderung aufrechnen, wie ein Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft oder Komplementär. 60)

Er kann gegenüber dem Gläubiger auch einwenden, daß er Einlage geleistet habe und damit seine persönliche Haftung ausgeschlossen sei. 61)

Sofern die Pflicht-Einlage gem. Gesellschaftsvertrag in Geld zu leisten ist oder bei einer Sacheinlage oder Dienstleistung eine Geldzahlung auch erfüllungsstatt erfolgen kann, kann die Einlageleistung des Kommanditisten grundsätzlich auch durch Aufrechnung mit einer ihm gegen die KG zustehenden Forderung gegen seine noch ausstehende Pflichteinlage bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen der §§ 387 ff BGB erfolgen.

57) Düringer/Hachenburg/Flechtheim, § 171 Anm. 7

58) vergl. Schlegelberger/Geßler, Anm. 4 zu § 171; Schilling Anm. 4 zu § 171

59) vergl. Schilling, Anm. 7 zu § 171

60) vergl. Schilling, Anm. 7 zu § 171

61) vergl. Schlegelberger/Geßler, Anm. 9 zu § 171

Denn der Kommanditist befreit durch die Aufrechnung die Gesellschaft von einer Verbindlichkeit und führt ihr insoweit einen Vermögenswert zu. ⁶²⁾

Diese Aufrechnung findet nur im Verhältnis Gesellschafter - KG statt und tut somit dem Erfordernis der Gegenseitigkeit des § 387 BGB genüge.

aa) Gegenseitigkeit bei der Aufrechnung gegen den Anspruch auf die Haftsumme

Einhellig vertreten die Literatur und Rechtsprechung ⁶³⁾ heute Flechtheims Ansicht ⁶⁴⁾, daß der Kommanditist sich durch Zahlung einer Geldsumme an die Gesellschaft (also zunächst nicht durch Aufrechnung!) auch dann von seiner Haftpflicht im Außenverhältnis befreien kann, wenn er der Gesellschaft im Innenverhältnis nichts mehr schuldet, also ausgeschieden ist, oder seine Haftsumme höher ist, als seine Einlagepflicht, nach der er beispielsweise nur eine bestimmte Sache - etwa Fabrikgrundstück oder Patent - einzubringen berechtigt war.

Eine solche Leistung zum Zwecke der Abwendung der Außenhaftung dürfe die KG nicht zurückweisen. Täte sie es dennoch, könne der Kommanditist gem. §§ 372 ff BGB hinterlegen.

62) vergl. Schlegelberger/Geßler, Anm. 10, 15 zu § 171; Flechtheim, Anm. 11 zu § 171; Schilling Anm. 13 zu § 171

63) ohne weitere Begründung Flechtheims Ansicht folgend: Schilling, Anm. 21 zu § 171; Schlegelberger/Geßler, Anm. 18 zu § 171; Weipert, Anm. 22 zu § 171; Westermann, I Rdnr. 920; Leven, S. 102, 103; BGH in WM 76, S. 107; dagegen soweit ersichtlich nur frühere Autoren: Staub/Pinner, Anm. 14 u. 18 zu § 171; u. indirekt sowohl auch Koenige/Teichmann/Koehler Nr. 2 zu § 171

64) vergl. Flechtheim, Anm. 9 zu § 171, S. 1126

Diese "merkwürdige" Befugnis des Kommanditisten, auf eine nicht bestehende Schuld an die Gesellschaft leisten zu dürfen, wird mit der Interessenlage des Kommanditisten begründet. Der Kommanditist soll auf diese Weise vermeiden dürfen, einer ihm unangenehmen Inanspruchnahme von Gläubigern ausgesetzt zu werden. Unannehmlichkeiten könnten ihm daraus erwachsen, daß er möglicherweise an den falschen Gläubiger zahlt.

Wäre ihm in diesem Fall die Befugnis, an die Gesellschaft zu zahlen, verwehrt, müßte er, um letzte Gewißheit zu haben an den richtigen Gläubiger zu leisten, sich von diesem verklagen lassen. Es würde dann die unbefriedigende Situation entstehen, daß für den Fall, daß es sich um den "richtigen" Gläubiger handele, der Kommanditist neben seiner Haftsumme auch noch die Verfahrenskosten aus dem Prozeß des Gläubigers gegen ihn zu tragen hätte, da hinsichtlich dieser Kosten seine Haftung unbeschränkt ist.⁶⁵⁾

Die Auseinandersetzung mit diesen Unannehmlichkeiten soll aber der Gesellschaft vorbehalten bleiben. Einige Autoren, wie Flechtheim und Westermann, weisen noch auf die komplizierte Verbuchung einer solchen im Innenverhältnis nicht geschuldeten Leistung sowie auf das Rückforderungsrecht des Kommanditisten hin. Insbesondere liege in der Zahlung keine einseitige, unzulässige Erhöhung der (Pflicht-) Einlage.⁶⁶⁾

Dagegen lehnt Pinner⁶⁷⁾ die Zahlungsbefugnis des Kommanditisten an die Gesellschaftskasse für jene Fallkonstellation ab. Pinner verwehrt dem Kommanditisten die Befugnis auf eine "Nichtschuld" zu leisten. Dieser Befugnis könnten in Ausnahmefällen gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen über eine andere Art der Einlageleistung (z.B. Sacheinlage) oder Verpflichtung zu einer späteren Einzahlung der Einlagen entgegenstehen.

65) vergl. Flechtheim, Anm. 4 zu § 171

66) vergl. Flechtheim, a.a.O., Westermann a.a.O.

67) vergl. Staub/Pinner, Anm. 14 u. 18 zu § 171

Eine ähnliche Ansicht scheinen auch Koenige/Teichmann/Koehler ⁶⁸⁾ zu vertreten, wie es sich indirekt aus dem Satz "Bestand die Einlageschuld des Kommanditisten in barem Gelde, so steht nichts im Wege, daß er eine ihm gegen die Gesellschaft zustehende Gegenforderung aufrechnet" entnehmen läßt.

In Anlehnung an diese Autoren erscheint die von der h.A. mit der Interessenlage begründete Befugnis, die Annahme einer nicht geschuldeten Geldleistung dulden zu müssen, trotz der nicht zu verkennenden "Unannehmlichkeiten" für den Kommanditisten nicht zwingend. Ein dogmatisch "sauberer" Interessenausgleich könnte vielmehr durch den Ersatzanspruch des Kommanditisten für ihm entstandene Verfahrenskosten im Innenverhältnis gegen die Gesellschaft - ein Rückforderungsanspruch wegen der nichtgeschuldeten Einlage besteht ohnehin - hergestellt werden.

Festzuhalten bleibt, daß die Zahlungsbefugnis trotz Nichtbestehen einer Schuld keineswegs als so völlig bedenkenlos bestehend hingestellt werden kann, wie die h.M. dies tut.

In einer jüngeren Entscheidung ⁶⁹⁾ hatte der BGH die Frage der Aufrechnung bei nicht mehr geschuldeter Pflichteinlage zur Abwendung der Kommanditistenhaftung im Außenverhältnis zu entscheiden.

Beim zu beurteilenden Sachverhalt handelte es sich um eine fehlgeschlagene Sanierungsgründung. Der Beklagte war Kommanditist einer mittlerweile insolventen GmbH & Co KG und wehrte sich gegen die Inanspruchnahme aus § 171 Abs.2 HGB durch Aufrechnung mit an ihn von einem

⁶⁸⁾ Anm. 2 zu § 171

⁶⁹⁾ BGH in WM 76, 107, Urteil v. 10.11.1975, worin sich der BGH allerdings schwerpunktmäßig mit der Frage der Zulässigkeit der Aufrechnung mit einer wertlosen Drittgläubigerforderung auseinandersetzt, siehe auch unten, V, 2. a)

Dritten abgetretenen Forderungen aus der Einlösung von Wechseln. Bereits vor der Abtretung obengenannter Ansprüche hatte der Beklagte seine Pflichteinlage vereinbarungsgemäß durch Verrechnung mit eigenen Forderungen erbracht.

Der BGH hält für diesen Fall die Aufrechnung grundsätzlich für zulässig, wobei er unter Verweisung auf eine frühere Entscheidung ⁷⁰⁾ - bei der allerdings die Besonderheit, daß der Kommanditist der Gesellschaft nichts mehr schuldete, fehlte - von der Überlegung ausging, daß einer Geldleistung die Aufrechnung mit einer Geldforderung gleichstehe. Bezüglich der Berechtigung zur Geldleistung - auch wenn im Innenverhältnis nichts geschuldet wird - wurde dabei vom BGH kritiklos die oben dargestellte Literaturmeinung mit einem Nebensatz übernommen.

Über das Erfordernis der Gegenseitigkeit des § 387 BGB setzt sich der BGH mit der "entsprechenden Anwendung" dieser Vorschrift hinweg, wobei er auf die älteren Entscheidungen ⁷¹⁾ hinweist, die lediglich die entsprechende Anwendung von § 387 BGB im Konkursfalle damit begründen, daß der Kommanditist außerhalb des Konkurses aufrechnen dürfe und ihm diese Befugnis im Konkurs erhalten bleiben müsse. ⁷²⁾

Eine Begründung für die Prämisse der BGH Entscheidung, weshalb nun gerade außerhalb des Konkurses, wenn der Kommanditist der Gesellschaft nichts mehr schulde, er mit einer Forderung gegen die Gesellschaft aufrechnen dürfe, wird nicht gegeben.

Zur Begründung kann auch nicht auf eine frühere Entscheidung des BGH zurückgegriffen werden, in der die Aufrechnung gegen eine Inanspruchnahme aus § 171 Abs. 1 HGB für zulässig erklärt wurde. ⁷³⁾

⁷⁰⁾ BGHZ 58, 72, 75 f, dargestellt unten IV

⁷¹⁾ grundlegend: BGHZ 58, 72, 75 f

⁷²⁾ BGHZ 58, 72, 75

⁷³⁾ BGHZ 51, 391, 394

Denn hier war es so, daß der beklagte Kommanditist seine in Geld zu erbringende Pflichteinlage noch nicht geleistet hatte, die KG aber ihre Einlageforderung an einen Gesellschaftsgläubiger abgetreten hatte, der sie dann einziehen ließ. Der beklagte Gesellschafter rechnete dabei mit einer Schadensersatzforderung gegen die Gesellschaft auf. Diese Aufrechnung wurde hinsichtlich des abgetretenen Pflichteinlageanspruchs gem. § 406 BGB als durchgreifend angesehen, aber auch hinsichtlich des ebenfalls geltend gemachten Anspruchs aus § 171 HGB, da das Gesellschaftsvermögen durch die Aufrechnung gegen den Pflichteinlageanspruch insoweit von einer Verbindlichkeit befreit worden sei.

Da hier der abgetretene Pflichteinlageanspruch und die Haftsumme identisch waren, war die Gegenseitigkeit bezüglich des ersteren unproblematisch gegeben, so daß im Ergebnis eine Aufrechnung nicht mangels Gegenseitigkeit scheitern konnte.

Es liegt damit hinsichtlich der Gegenseitigkeit ein Zirkelschluß von Scheinbegründungen vor, die K. Schmidt ⁷⁴⁾ treffend als "offenbare Begründungsschwierigkeiten" bezeichnet. Bisher hat lediglich Leven versucht, eine Begründung für die Aufrechnungsbefugnis außerhalb des Konkurses bei im Innenverhältnis nicht mehr geschuldeter Pflichteinlage zu geben. ⁷⁵⁾

Er hält hier § 387 BGB für analog anwendbar. Denn für das Gegenseitigkeitsverhältnis der Schuld des Aufrechnenden seien nicht nur die Eingangsworte der Vorschrift "Schulden zwei Personen einander" sondern auch ihre letzten Worte "die ihm obliegende Leistung bewirken kann" maßgeblich. Diese letzte Formulierung erfasse zwar unmittelbar nur jene Fälle, in denen die Leistung des Aufrechnenden noch nicht fällig, oder - z.B. infolge Verjährung - nicht

74) vergl. K. Schmidt, S. 10

75) vergl. Leven, S. 102 - 104

erzwingbar sei, der Aufrechnungsgegner aber immerhin einen Anspruch auf diese Leistung habe. Darüber hinaus gelte § 387 BGB aber zumindest analog auch für bestimmte Erfüllungsmöglichkeiten, bei denen eine entsprechende Forderung des Aufrechnungsgegners überhaupt nicht bestehe.

Unter Berufung auf einen Teil der Literatur ⁷⁶⁾ führt Leven aus, daß dies für den Fall der Ersetzungsbefugnis (facultas alternativa) angenommen werde. Wenn der Schuldner einer Sachleistung durch Vertrag berechtigt sei, sich von seiner Verpflichtung durch eine nicht geschuldete Geldleistung zu befreien, müsse die Befreiung auch durch eine Aufrechnung möglich sein. Nach Levens Ansicht ist die Lage des Kommanditisten außerhalb des Gesellschaftskontaktes ähnlich, denn der Kommanditist sei zur Leistung der Hafteinlage an die KG nicht verpflichtet, wohl aber dazu berechtigt.

Damit würden im wesentlichen die Voraussetzungen des § 387 BGB auch auf ihn als Schuldner der Hafteinlage zutreffen, so daß auch er die Leistung an die KG im Wege der Aufrechnung zu erbringen befugt sei.

Ohne auf die angesichts des eindeutigen Wortlautes der Vorschrift des § 387 BGB fragwürdige Anwendung einer Analogie einzugehen ⁷⁷⁾, soll hier Levens Begründung kurz kritisiert werden. Leven hat übersehen, daß seine Prämisse, nach der nämlich der Kommanditist in jedem Fall auch bei nicht geschuldeter Pflichteinlage berechtigt sei, an die Gesellschaft zu zahlen, um sich so von seiner Haftung im Außenverhältnis zu befreien, wohl so uneingeschränkt nicht immer zutreffen muß. Wie oben ausgeführt, ist insbesondere bei geschuldeten Sacheinlagen oder bereits erbrachter Einlage eine Befugnis, in jedem Fall an die

76) vergl. Enneccerus/Lehmann, § 70 I 1 b, S. 281;
Staudinger/Kaduk, § 387, Anm. 35;
Planck/Silber, § 387 Anm. 1 a Abs. 3

77) vergl. dazu unten V, 1 a

Gesellschaft zahlen zu dürfen, zweifelhaft.

Insoweit ist schon ein wesentlicher Unterschied zu der von Leven angeführten facultas alternativa gegeben, bei der, möglicherweise im Gegensatz zum betreffenden Gesellschaftsvertrag, dem Schuldner ja gerade die Ersetzungsbefugnis vertraglich eingeräumt worden ist. Im übrigen stehen sich bei der Ersetzungsbefugnis immer nur 2 Personen, nämlich Gläubiger und Schuldner gegenüber. Im Unterschied dazu handelt es sich aber bei der Aufrechnung gegen den Hafteinlagenanspruch aber immer um ein Dreiecksverhältnis, nämlich die Beziehungen Kommanditist - Gesellschaftsgläubiger und Kommanditist - KG. Damit ist aber dieses Verhältnis von einer Gegenseitigkeit i.S. von § 387 BGB noch um eine weitere Stufe entfernt, als die facultas alternativa, bei der Personenidentität noch vorliegt. Auch aus diesem Grunde erscheint es fraglich, ob hier eine entsprechende Anwendung von § 387 BGB aus den gleichen Gründen, wie bei der facultas alternativa erfolgen kann.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß auch der Erklärungsversuch Levens nicht geeignet ist, alle Zweifel an der Aufrechnungsbefugnis des Kommanditisten gegen die Inanspruchnahme auf die Haftsumme außerhalb des Konkurses hinsichtlich der fehlenden Gegenseitigkeit auszuräumen. 78)

Dies deshalb, weil die Befugnis des Kommanditisten, in jedem Falle eine Geldleistung mit haftungsbefreiender Wirkung an die KG erbringen zu dürfen, fragwürdig ist und weiterhin erhebliche Unterschiede zwischen der von Leven vergleichsweise angeführten Ersetzungsbefugnis und dem Dreiecksverhältnis Kommanditist - Gesellschaft - Gläubiger bestehen.

78) vergl. auch Weber, Jaeger/Weber, §§ 209, 210
Anm. 31, S. 779/780

bb) Besonderheiten beim ausgeschiedenen Kommanditisten

Wie bereits oben aufgezeigt, haftet auch der ausgeschiedene Kommanditist grundsätzlich für Verbindlichkeiten, die bis zum Zeitpunkt seines Ausscheidens begründet waren, für einen Zeitraum von 5 Jahren. Zwar steht ihm in Innenverhältnis gem. §§ 738 S. 2 BGB, 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB ein Befreiungsanspruch zu, der aber nichts an der Außenhaftung ändert.

Gegen die Inanspruchnahme durch einen Gesellschaftsgläubiger hat der Ausgeschiedene folgende Einwendungsmöglichkeiten:

- 1) Sein Beitrag sei nicht erforderlich, da bereits das Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung der Gläubiger ausreiche ⁷⁹⁾.
- 2) Wenn die Gesellschaft sich von der Verbindlichkeit durch eigene Aufrechnung mit einer Gegenforderung gegen den Gläubiger befreien kann, kann der Ausgeschiedene ebenfalls die Zahlung verweigern. ⁸⁰⁾
- 3) Der Ausgeschiedene kann ferner mit einer eigenen Gegenforderung gegen den ihn in Anspruch nehmenden Gesellschaftsgläubiger aufrechnen, da er insoweit der Gesellschaft einen Vermögenswert in Höhe der Gesellschaftsschuld zufügt. ⁸¹⁾ Letzteres deshalb, weil die Gesellschaft in Höhe der Aufrechnung von einer Verbindlichkeit gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger befreit wird.

79) Weber, a.a.O., S. 780 m.w.N.

80) vergl. Tschierschke, S. 39

81) BGHZ in NJW 64, 2407 (III, 3, S.2409)

- 4) Eine Aufrechnung des Ausgeschiedenen mit einer gegen die Gesellschaft gerichteten Sozial- oder Drittgläubigerforderung gegen die Inanspruchnahme durch einen Altgläubiger wird überwiegend abgelehnt, wobei hier auf die fehlende Gegenseitigkeit verwiesen wird. ⁸²⁾
(Sozialforderungen können sich nach Ausscheiden beispielsweise aus Bilanzberichtigungen ergeben, die noch einen Gewinnanspruch des Ausgeschiedenen bewirken können, häufiger jedoch stehen dem Ausgeschiedenen noch Auseinandersetzungsansprüche zu (vergl. unten S. 32). Drittgläubigerforderungen können sich zum Beispiel aus der Vermietung von Gebäuden an die Gesellschaft ergeben.)

Die Mehrzahl der Autoren ⁸³⁾ begründet die fehlende Gegenseitigkeit konsequenterweise schon damit, daß ein Ausgeschiedener der Gesellschaft im Innenverhältnis keine Pflichteinlage mehr schulde und die Haftsumme (Einlage) nur den Gesellschaftsgläubigern zustehe, die Personenidentität somit nicht mehr gewahrt sei.

Wie Tschierschke darlegt ⁸⁴⁾, kann auch der Ausgeschiedene keinerlei Interesse daran haben, eine ihm gegen die Gesellschaft zustehende Forderung durch Aufrechnung bei Inanspruchnahme durch einen Altgläubiger zum Erlöschen zu bringen, da sein Ziel lediglich sein kann, für die Zeitdauer seiner Haftung eine Inanspruchnahme zu verhindern, ohne aber auf seine Ansprüche im Innenverhältnis verzichten zu müssen. Zur Abwendung einer Inanspruchnahme genüge daher, daß er den Altgläubiger darauf hinweise, er habe der Gesellschaft Werte zugeführt, ohne Gegenleistungen zu empfangen.

82) vergl. Unger, KTS 1960, S. 36;
Weber, a.a.O., Anm. 31, S. 779/780;
Tschierschke, S. 40, 41, 87; auch BGHZ 58, 72, 75 f;
dagegen wohl nur K. Schmidt, § 158-162; nicht aber
auch Weipert, wie Tschierschke S. 41 meint.

83) vergl. Unger a.a.O.; Tschierschke, a.a.O.;
Weber, a.a.O. S. 780

84) S. 40, 41

Er könne dann in Höhe des wahren Wertes des von ihm Geleisteten nicht in Anspruch genommen werden. Seine Haftpflicht würde erst wieder aufleben, wenn z.B. bei einem Kauf der Kaufpreis von der Gesellschaft an ihn gezahlt werde.

Eine weitere Besonderheit besteht bei der Aufrechnung mit dem Auseinandersetzungsanspruch des Ausgeschiedenen gegen die Gesellschaft.

Für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters ist folgende Bestimmung weit verbreitete Praxis in den Gesellschaftsverträgen:

"Das Auseinandersetzungsguthaben eines ausgeschiedenen Gesellschafters hat darlehnsweise für einige Jahre in der Gesellschaft zu verbleiben und ist nur in jährlichen Raten von letzterer auszuzahlen".

Mit dieser Regelung soll verhindert werden, daß die Gesellschaft durch auf einmal fällige Auszahlung des gesamten Auseinandersetzungsbetrages in Liquiditätsschwierigkeiten gerät. Wird nun ein solcher ausgeschiedener, aber noch nicht völlig ausbezahlter Kommanditist von einem Gesellschaftsgläubiger aus der Kommanditistenhaftung in Anspruch genommen, ist es ihm verwehrt, diese Inanspruchnahme durch Aufrechnung mit seinem Auseinandersetzungsanspruch gegen die Gesellschaft abzuwehren. Dies wird damit begründet, daß eine Einlagenrückgewähr i.S. des § 172 Abs. 4, S. 1 HGB erst dann vorliegt, wenn der ausgeschiedene Kommanditist ausbezahlt ist. Die Aufrechnung würde aber als Tilgung des Auseinandersetzungsanspruchs ebenfalls eine Einlagenrückgewähr bedeuten und somit nach § 172 Abs. 4 S.1 HGB

jene Haftung wieder aufleben lassen, die sie abwenden soll. 85)

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß es dem ausgeschiedenen Kommanditisten außerhalb des Konkurses nach ganz h. A. mangels Gegenseitigkeit verwehrt ist, seine Inanspruchnahme auf die Kommanditistenhaftung durch einen Gesellschaftsgläubiger durch Aufrechnung mit einer ihm gegen die Gesellschaft zustehenden Forderung abzuwehren.

4. Ergebnisse

Bei der Kommanditistenhaftung ist zwischen Außenhaftung (Haftsumme) und Haftung im Innenverhältnis (Pflichteinlage) zu unterscheiden. Haftsumme und Pflichteinlage können betragsmäßig differieren. Die Haftsumme ist immer auf einen Geldanspruch gerichtet, dagegen kann als Pflichteinlage auch eine Sacheinlage geschuldet sein.

Gegen den Pflichteinlageanspruch kann der Kommanditist - sofern der Gesellschaftsvertrag dies zuläßt - gem. den §§ 387 ff BGB mit einer Forderung gegen die Gesellschaft aufrechnen. Einschränkungen können sich dann ergeben, wenn im Innenverhältnis nichts mehr geschuldet ist oder eine bestimmte Sacheinlage geschuldet wird und somit Andersartigkeit der Forderungen vorliegt.

85) vergl. OLG Hamburg, HRR 1934 Nr. 1043; Schlegelberger/Geßler § 171 Rdnr. 36; Schilling in Großkomm. § 171 Anm. 40; Unger KTS 1960, 33; a.A. nur K. Schmidt, a.a.O., S. 159, 160, der bereits in der bloßen Tatsache des Ausscheidens selbst eine Einlagenrückgewähr annimmt und damit konsequenterweise zur Abwendung der sich daraus ergebenden Haftung die Aufrechnung zulassen will, wobei er allerdings um eine Begründung für die fehlende Gegenseitigkeit verlegen bleibt und insoweit nur BGHZ 58, 72, 75 ff verweist (S. 162)

Im Außenverhältnis steht der Anspruch auf die Haftsumme den Gesellschaftsgläubigern unmittelbar zu.

Damit ist bei einer Aufrechnung des Kommanditisten mit einer Forderung gegen die Gesellschaft gegen den Anspruch auf die Haftsumme ein Dreiecksverhältnis zwischen Gesellschaftsgläubiger und der KG auf der einen und dem Kommanditisten auf der anderen Seite gegeben, es fehlt also an der Gegenseitigkeit für eine Aufrechnung. Trotzdem halten Rechtsprechung und Literatur - bis auf wenige Ausnahmen ^{85a)} - die Aufrechnung für zulässig. Zur Begründung wird einfach angeführt, daß der Kommanditist auch bei einer Nichtschuld oder andersartiger Schuld als Geldschuld mit haftungsbefreiender Wirkung an die Gesellschaft zahlen dürfe. Da die Aufrechnung einer Geldzahlung gleichstehe, dürfe er auch aufrechnen. Die unbedingte Richtigkeit dieser Argumentation wird hier bezweifelt. Lediglich Leven hat bisher eine "geschlossene" Begründung für die Aufrechnungsbefugnis trotz fehlender Gegenseitigkeit geliefert. ^{85b)} Unter Heranziehung des Gedankens der "facultas alternativa" soll die Aufrechnung gem. § 387 BGB analog zulässig sein. Auch Levens Begründungsversuch ist nicht geeignet, alle Zweifel an der Zulässigkeit der Aufrechnung gegen den Haftsummenanspruch in jedem Falle trotz fehlender Gegenseitigkeit auszuräumen. Dies, weil zum einen die Aufrechnungsbefugnis bei im Innenverhältnis gegebener "Nichtschuld" oder "Sacheinlagenschuld" fraglich ist und zum anderen, weil es sich bei der strittigen Aufrechnungslage um ein Dreiecksverhältnis handelt, während bei der "facultas alternativa" immer noch Personenidentität gegeben ist.

85 a) Jaeger-Weber, §§ 209, 210 KO, Anm. 31 S.779;
Tschierschke, S. 41 u. 86

85 b) Leven, S. 102 - 104

Schließlich besteht aber weitgehend Einigkeit darüber, daß es dem ausgeschiedenen Kommanditisten wegen fehlender Gegenseitigkeit verwehrt ist, bei Inanspruchnahme auf die Haftsumme durch einen Gesellschaftsgläubiger mit einer Forderung gegen die Gesellschaft aufzurechnen.

II. Kurze Darstellung der Kommanditistenhaftung im Konkurs und Einwendungen - insbesondere Aufrechnung - dagegen

1. Die Haftung im Innenverhältnis

Durch die Konkurseröffnung über das Gesellschaftsvermögen (§ 209 KO) wird die KG aufgelöst (§§ 161 Abs. 2, 131 Nr.3 HGB). Aus der werbenden Gesellschaft wird eine Abwicklungsgesellschaft, der Erwerbszweck wird durch den Konkurszweck - gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger - ersetzt. Aus dem Gesellschaftsverhältnis kann der Kommanditist u.U. nur noch zur Leistung der Pflichteinlage verpflichtet sein, was freilich für den ausgeschiedenen Kommanditisten ausgeschlossen ist.

Sofern er noch Pflichteinlage zu leisten hat, ist dieser Anspruch nach § 1 KO konkursbefangen und wird gem. §§ 6 Abs. 2, 117 KO vom Konkursverwalter geltend gemacht.⁸⁶⁾ Der Konkursverwalter kann jedoch auf die Pflichteinlage nur das fordern, was nach dem Gesellschaftsvertrag zu leisten ist, also je nach dem Inhalt des Vertrages eine Sach- oder Geldleistung.⁸⁷⁾

Die einzufordernde Pflichteinlage ist somit aus den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages begründet. Es kann daher im Einzelfall zweifelhaft sein, ob sie im Konkursfalle noch eingefordert werden kann, da der Gesellschaftszweck, die Förderung des Erwerbsbetriebes, nicht mehr erreichbar ist. Regelmäßig wird aber als vom Gesellschaftszweck erfaßt auch die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger angesehen⁸⁸⁾, was Leven dazu veranlaßte, ihre Einziehung durch den Konkursverwalter als unproblematisch anzusehen.⁸⁹⁾

86) Unstr. vergl. Jaeger/Weber §§ 209, 210, Anm.31, S.777; Weipert, § 171 Anm. 38; Flechtheim, § 171, Anm. 15; Schilling § 171 Anm. 38; Kornblum S.221 Fußn.6

87) vergl. Schilling, § 171, Anm. 38; Jaeger/Weber §§ 209, 210, Anm. 30, S. 776

88) vergl. Schilling, a.a.O., Jaeger/Weber a.a.O.

89) vergl. Leven, S. 8, 9

Diese Einziehungsbefugnis kann jedoch dann ausgeschlossen sein, wenn sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt, daß sie nur für den Betrieb deswerbenden Unternehmens gefordert werden kann. ⁹⁰⁾

Bei einer als Pflichteinlage eingezogenen Sacheinlage ist diese so zu bewerten, wie der Gesellschaftsvertrag es vorsieht. Die Einlage kann nicht niedriger bewertet werden, weil sie für die im Konkurs befindliche Gesellschaft einen geringeren Wert hat, als für daswerbende Unternehmen. ⁹¹⁾

Neben der Berufung darauf, daß nach dem Gesellschaftsvertrag im Konkursfalle kein Anspruch auf die Pflichteinlage mehr bestehe oder diese ihm erlassen sei ⁹²⁾, ist der Kommanditist zur Aufrechnung mit einer ihm gegen die Gesellschaft zustehenden Forderung ⁹³⁾ berechtigt, soweit die konkursrechtlichen Voraussetzungen gegeben sind, wobei das Gegenseitigkeitsverhältnis unproblematisch vorliegt.

Dagegen ist ihm die Berufung auf Stundung oder nach Gesellschaftsvertrag noch nicht eingetretener Fälligkeit versagt, da die Einlageverpflichtung mit Konkurseröffnung fällig wird. ⁹⁴⁾

90) Schilling, a.a.O.; Jaeger/Weber a.a.O.

91) Schilling, a.a.O.

92) Jaeger/Weber, §§ 209, 210, Anm. 31 S.778

93) Jaeger/Lent, § 53 Anm. 16

94) Jaeger/Weber, §§ 209, 210 Anm. 31, S. 778

2. Die Haftsumme gem. § 171 HGB im Konkurs

Der Anspruch auf die Haftsumme ist im Konkurs von besonderer Bedeutung, da er, wie oben unter I.1 dargestellt, ausschließlich auf Geld gerichtet ist. Des weiteren ist bei bereits erbrachter Sacheinlage deren Bewertung im Hinblick auf die befreite Leistung von der Haftpflicht - im Gegensatz zur Pflichteinlage - nur nach objektivem Maßstab möglich.⁹⁵⁾ Das kann bei einer Sacheinlage dazu führen, daß trotz im Innenverhältnis voll erbrachter Einlage der Kommanditist noch den Gläubigern gem. § 171 Abs.1 HGB auf eine Geldleistung haftet. Letzteres ergibt sich dann, wenn im Gesellschaftsvertrag für die Sacheinlage ein bestimmter Wert festgesetzt war, diese Wertbestimmung aber höher war als der objektive Wert der Einlage, beispielsweise für ein eingebrachtes Unternehmen oder Patent. In Höhe der Differenz zwischen objektivem Wert der erbrachten Sacheinlage und der gesellschaftsvertraglich getroffenen Bewertung haftet der Kommanditist dann noch auf die Geldleistung aus § 171 Abs. 1 HGB

Eine ebenfalls sehr häufige Konstellation, bei der der Anspruch auf die Haftsumme im Konkurs besondere Bedeutung erlangt, ist der Fall, daß dem Kommanditisten, der bereits Einlage in Höhe der Haftsumme geleistet hatte, gem. § 172 Abs. 4 HGB die Einlagen ganz (bei Ausscheiden) oder teilweise zurückgewährt worden sind. Letzteres ist bei Gesellschaften vor Eintritt der Insolvenz häufig der Fall, wenn der Kommanditist trotz vorangegangener Verluste der KG Entnahmen derart vornimmt, daß diese eine Rückgewährung seiner Einlage bewirken.

Besondere Bedeutung hat der Anspruch aus § 171 Abs. 2 HGB auch für den ausgeschiedenen Kommanditisten, der seine Einlage entweder noch nicht geleistet oder sie beim Ausscheiden

95) vergl. Kornblum, S. 216, Fußnote 4 m.w.N.

zumindest teilweise zurückerhalten hat (vergl. oben I.3 b). In der Regel - von der es allerdings auch Ausnahmen gibt - ist durch die Natur des Ausscheidungsstatbestandes ausgeschlossen, daß der Ausgeschiedene im Innenverhältnis der Gesellschaft noch zu Einlageleistungen verpflichtet sein kann.⁹⁶⁾ Dies deshalb, weil das Ausscheiden die Beendigung der Beteiligung und damit die Beendigung des Mitwirkens zur Erreichung des Gesellschaftszwecks bedeutet.

Gem. § 171 Abs. 2 HGB darf im Konkurs der Anspruch auf die Haftsumme nur noch vom Konkursverwalter geltend gemacht werden. Eine Inanspruchnahme der Kommanditisten durch einzelne Gesellschaftsgläubiger - wie außerhalb des Konkurses möglich - ist jetzt ausgeschlossen. Letzteres hat zur Folge, daß der Kommanditist nun nicht mehr mit haftungsbefreiender Wirkung an einen einzelnen Gesellschaftsgläubiger zahlen und sich auch nicht mehr durch Aufrechnung mit einer ihm gegen einen einzelnen Gesellschaftsgläubiger zustehenden Forderung gem. § 171 Abs. 1 HGB von seiner Haftung befreien kann.⁹⁷⁾ Die Stellung des Kommanditisten verschlechtert sich somit durch den Gesellschaftskonkurs ganz erheblich. Einwendungen kann der Kommanditist gegen die Inanspruchnahme gem. § 171 Abs. 2 HGB jedenfalls nur dann erheben, wenn sie ihm gegenüber allen Gesellschaftsgläubigern persönlich oder gegenüber der Gesellschaft zustehen.⁹⁸⁾

Abgesehen von der Aufrechnung mit einem Anspruch gegen die Gesellschaft, auf deren Zulässigkeit im einzelnen unten in V. eingegangen wird, kann der Kommanditist z.B. einwenden, daß seine Leistung auf die Haftsumme zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger nicht oder nicht in vollem Umfang erforderlich sei, weil das Gesellschaftsvermögen zur Zahlung einer Quote von 100 % ausreiche.

96) vergl. m.w.N. Jaeger/Weber, §§ 209, 210, Anm.32, S. 781

97) vergl. RGZ 37, 82, 86

98) vergl. Uhlenbruck, S. 220

Ferner kann er sich darauf berufen, daß er vor Konkurseröffnung Einlage in Höhe der Haftsumme an die Gesellschaft oder einen Gesellschaftsgläubiger geleistet habe, oder daß ein Anspruch auf die Haftsumme überhaupt nicht bestehe.⁹⁹⁾

Die rechtliche Einordnung des gem. § 171 Abs. 2 HGB vom Konkursverwalter Eingezogenen ist umstritten.¹⁰⁰⁾

a) Anspruchsträger der eingezogenen Haftsumme

Die Regelung des § 171 HGB führt hierbei zu Streit. Gem. Abs. 1 dieser Vorschrift sind Gläubiger der Haftsumme die Gesellschaftsgläubiger unmittelbar und nicht die Gesellschaft. Gem. Abs. 2 wird aber nun im Falle des Konkurses das den Gesellschaftsgläubigern zustehende Recht durch den Konkursverwalter ausgeübt. Der Grund für die Sonderregelung des § 171 Abs. 2 HGB liegt darin, bei der nur beschränkten persönlichen Haftung des Kommanditisten zu verhindern, daß sich ein Gesellschaftsgläubiger auf Kosten der anderen Gläubiger durch die persönliche Inanspruchnahme des Kommanditisten eine Befriedigung verschafft. Vielmehr soll auch die Haftsumme zum Zwecke der gleichmäßigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger vom Konkursverwalter eingezogen werden. Deshalb nimmt § 171 Abs. 2 HGB den Gesellschaftsgläubigern das Recht, sich persönlich an den Kommanditisten zu halten.¹⁰¹⁾

Aufgrund der Einziehungsbefugnis des Konkursverwalters wurde in der früheren Literatur¹⁰²⁾ die Ansicht vertreten, daß nunmehr der Konkursverwalter Kraft eigenen Rechts

99) Uhlenbruck S. 220 m.w.N.

100) Jaeger/Weber, §§ 209/210, Anm.31, S.778, 779

101) Schlegelberger/Geßler, § 171, Anm. 31

102) Staub/Pinner, § 171, Anm. 8

Anspruchsträger werde und das bisherige Recht der Gläubiger insoweit durch den Eintritt des Konkursfalles eine Änderung erfahre, da dieses Recht ja nicht dem Gemeinschuldner zustehe.

In einer gründlichen Untersuchung von Literatur und Rechtsprechung, auf die hier verwiesen werden kann, hat Leven¹⁰³⁾ herausgestellt, daß demgegenüber die Mehrzahl der Autoren sowie der BGH die Ansicht vertreten, daß die Vorschrift des § 171 Abs. 2 HGB keine Änderung der Anspruchsträgerschaft des Rechts aus § 171 Abs. 1 HGB bewirke und der Konkursverwalter nicht Kraft eigenen Rechts handele. Anspruchsträger blieben vielmehr die Gesellschaftsgläubiger und der Konkursverwalter habe nur für die Dauer des Konkurses die alleinige Befugnis, dieses Recht als Treuhänder im eigenen Namen geltend zu machen. Eine materielle Rechtsänderung trete aber nicht ein.¹⁰⁴⁾

Der BGH ging sogar so weit, daß er für den Fall der Inanspruchnahme eines ausgeschiedenen Kommanditisten der gem. § 171 Abs. 2 HGB nur noch einem Altgläubiger haftet, Zweifel äußerte, ob in einem solchen Fall der Konkursverwalter gem. § 171 Abs. 2 HGB noch zur Einziehung der Haftsumme legitimiert sein könnte. Das gleiche gelte, wenn bei mehreren Altgläubigern deren Forderungen gegen die Gesellschaft unzweifelhaft durch die persönlichen Haftungsansprüche gegen den ausgeschiedenen Kommanditisten gedeckt werden. Denn in diesen Fällen käme der für die Legitimationsbefugnis entscheidende Gedanke, daß der Konkursverwalter das Eingezogene nur zur gleichmäßigen Befriedigung der Altgläubiger verwenden dürfe, nicht mehr zum Tragen.¹⁰⁵⁾ Die Einziehungsbefugnis werde, da das auf die Haftsumme Eingezogene gerade nicht Massebestandteil werde, nur durch den Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung der anspruchsberechtigten Gläubiger begründet.

103) Leven, S. 25 - 36

104) vergl. z.B. Wieland, S. 760; BGHZ 27, 51, 56 ff; BGHZ 42, 192 (193, 194)

105) vergl. BGH in LM Nr. 1 zu § 171 Abs. 2 HGB sowie BGHZ 27, 51, 56 ff = LM Nr. 1 zu § 172 HGB mit Anm. von Fischer

Anspruchsberechtigte Gläubiger sind beim ausgeschiedenen Kommanditisten jedoch nur die Altgläubiger. Wenn nun von diesen nur noch einer vorhanden ist, bzw. bei mehreren sichergestellt ist, daß sie ihre Forderungen gegen die Gesellschaft ausschließlich aus den Haftungsansprüchen gegen den Ausgeschiedenen befriedigen können, steht fest, daß die Möglichkeit einer bevorzugten Befriedigung zu Lasten anderer gleichberechtigter Gläubiger von vornherein ausgeschlossen ist. Nach Ansicht des BGH sprechen auch praktische Erwägungen dafür, in einem solchen Falle den Konkursverwalter nicht auch noch mit der Geltendmachung des persönlichen Haftungsanspruches eines Altgläubigers zu belasten.

Dagegen will Weber dem Konkursverwalter auch in diesem Fall die Einziehungsbefugnis aus § 171 Abs. 2 HGB erhalten, da es zweifelhaft sein kann, ob der Kommanditist nur noch diesem einen Gläubiger haftet. ¹⁰⁶⁾

Dies gelte auch dann, wenn die Haftsumme zur Befriedigung aller Altgläubiger ausreiche, da der Konkursverwalter ja nicht wissen könne, ob noch Altgläubiger vorhanden seien, die ihre Forderungen noch nicht angemeldet haben. ¹⁰⁷⁾ Weitgehende Einigkeit besteht jedoch darin, daß dem Konkursverwalter die Einziehungsbefugnis dann abzusprechen sei, wenn kein Altgläubiger seine Forderung im Konkurs verfolgt. Dies deshalb, weil es nicht Aufgabe des Konkursverwalters sein kann, sich mit der Befriedigung einer Gläubigergruppe zu befassen, welche die Haftung der Konkursmasse nicht in Anspruch nimmt. ¹⁰⁸⁾

106) vergl. Jaeger/Weber, a.a.O., Anm. 35, S. 786, 787

107) streitig, vergl. Jaeger/Weber, a.a.O., S. 786 m.w.N.

108) vergl. Jaeger/Weber, a.a.O. m.w.N.;
K. Schmidt, S. 137, dagegen nur Unger, a.a.O.,
S. 37, 1. Sp.

Dies erlaubt jedoch nun den Altgläubigern nicht, während des Gesellschaftskonkurses ihrerseits gegen den Kommanditisten vorzugehen. Dem steht der Zweck des § 171 Abs.2 HGB entgegen, für die Dauer des Konkurses auch bezüglich der Haftungsansprüche des Kommanditisten das Präventionsprinzip auszuschalten. Denn die Lage kann sich jederzeit dadurch ändern, daß Altgläubiger nachträglich ihre Forderungen gem. § 142 KO im Gesellschaftskonkurs anmelden. ¹⁰⁹⁾

Der BGH hat kürzlich noch indirekt in einer Entscheidung bestätigt, daß die Gesellschaftsgläubiger Anspruchsträger für die Haftsummenforderung sind. ¹¹⁰⁾

Der BGH hatte hier zu entscheiden, ob das Recht der Gesellschaftsgläubiger aus § 171 Abs. 1 HGB bei diesen verbleibe, falls die KG vor Konkurseröffnung dadurch erloschen sei, daß sämtliche Kommanditisten ihre Beteiligung an den oder die persönlich haftenden Gesellschafter übertragen - hier eine GmbH - und dann das Einzelunternehmen, die GmbH oder die OHG in Konkurs fällt. In diesem Falle hat der BGH eine direkte oder entsprechende Anwendung des § 171 Abs.2 HGB, die es dem Konkursverwalter der GmbH, des Einzelunternehmens oder der OHG erlauben würde, die ausstehende Haftsumme von den ehemaligen Kommanditisten einzuziehen, verneint. Ein Altgläubiger dürfe hier ungeachtet des Konkurses der Rechtsnachfolger der KG einen ausgeschiedenen Kommanditisten auf die Haftsumme in Anspruch nehmen.

Eine Anwendung von § 171 Abs.2 HGB würde hier nach Ansicht des BGH zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten führen, da der Konkursverwalter zwischen den eigentlichen Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners und den von diesem zu tragenden Verbindlichkeiten der KG und bei diesen wieder im Hinblick auf die Kommanditistenhaftung zwischen Alt- und Neugläubigern unterscheiden müsse.

109) vergl. Jaeger/Weber, a.a.O.

110) vergl. BGH in WM 1976, 130, 131; zustimmend Kuhn zur BGH Rechtspr. zur KG, Sonderbeilage Nr.1/78 Nr. 8 in WM 78, S. 9

Durch diese Differenzierung wird indirekt zum Ausdruck gebracht, daß die Gesellschaftsgläubiger Anspruchsträger der Haftsumme sind.

Demgegenüber hat Leven nachzuweisen versucht, daß Auslegung und Ergänzung des § 171 Abs. 2 HGB ergäben, daß diese Vorschrift eine "cessio legis" beinhalte. Mit dem Eröffnungsbeschluß über das Gesellschaftskonkursverfahren trete ein Gläubigerwechsel ein, so daß Anspruchsträger die KG als Massesubjekt werde. ¹¹¹⁾

Diese im Hinblick auf die Gegenseitigkeit bei der Aufrechnung des Kommanditisten mit einer ihm gegen die KG zustehenden Forderung bei Inanspruchnahme durch den Konkursverwalter gem. § 171 Abs. 2 HGB interessante Lösung hat sich aber nicht durchgesetzt. ¹¹²⁾ Auf diese Auffassung wird aber unten unter III noch einzugehen sein.

Bei der Ausübungsbefugnis des Konkursverwalters gem. § 171 Abs. 2 HGB räumt die h.M. ¹¹³⁾ diesem ein Wahlrecht ein, ob er gegenüber dem Kommanditisten eine eventuell noch ausstehende Pflichteinlage einziehen darf oder aber ob er sich auf die Einziehung der Haftsumme beschränken soll. Dieses Wahlrecht erlangt dann Bedeutung, wenn als Pflichteinlage eine Sacheinlage geschuldet und der Konkursverwalter diese zur Weiterführung des Betriebes der Gemeinschaftschuldnerin benötigt ¹¹⁴⁾ oder der Wert der Sacheinlage größer ist als die Haftsumme. ¹¹⁵⁾

111) Leven, S. 72 ff, 79, 80; unten III

112) vergl. Tschierschke, S. 44, 84; Mentzel-Kuhn § 209 Anm. 13, S. 740; zweifelnd Jaeger/Weber §§ 209, 210, Anm. 34, S. 778

113) vergl. Westermann, Personenges. I, Rdz. 907; Uhlenbruck S. 222, 223, Fußn. 282

114) vergl. Jaeger/Weber §§ 209/210, Anm. 31 S. 778 m.w.N., Unger S. 37, a.a.O.

115) Westermann, Personenges. I Rdz. 907

Die Bewertung dieser Sacheinlage richtet sich nach den darüber getroffenen Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag, hinsichtlich ihrer Anrechnung auf die Haftsumme allerdings nach objektivem Bewertungsmaßstab. 116)

Es ist noch anzumerken, daß K. Schmidt dem Konkursverwalter dieses Wahlrecht abspricht. 117) Der Konkursverwalter habe vielmehr vorrangig den Pflichteinlageanspruch geltend zu machen. Zur Begründung führt Schmidt aus, daß das auf die Pflichteinlage Geleistete die Masse mehre, was bei dem auf die Haftsumme Eingezogenen nicht der Fall sei. Die Pflichteinlage sei daher vorrangig vor dem Anspruch auf die Haftsumme einzuziehen, da der Konkursverwalter in erster Linie verpflichtet sei, die Masse zu mehren. Nur insoweit sie die Haftung gem. § 171 Abs. 1 HGB nicht beseitigen könne, könne auf die Einziehung der Haftsumme subsidiär zurückgegriffen werden.

Die Richtigkeit dieser einschränkenden Auslegung muß jedoch im Hinblick auf die Entstehung der Vorschrift bezweifelt werden. Denn im ADHGB war die Haftung des Kommanditisten mit seinem Privatvermögen subsidiär. Gem. Art. 122 ADGHB konnten die Gesellschaftsgläubiger aus dem Privatvermögen der Gesellschafter nur wegen ihres Ausfalls im Konkurs Befriedigung suchen. Diese Bestimmung sollte aber gerade durch das HGB entfallen. 118)

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob das vom Konkursverwalter gem. § 171 Abs. 2 HGB Eingezogene Massebestandteil wird.

116) Kornblum, S. 221, Fußn. 6

117) vergl. K. Schmidt, S. 128 - 130

118) Denkschrift zum Entwurf des HGB S. 96 f

b) Rechtszuständigkeit des gem. § 171 Abs. 2 HGB
Eingezogenen

Da im Art. 165 des ADHGB eine dem § 171 Abs. 2 HGB entsprechende Vorschrift fehlte, war es für das RG unproblematisch, den vom Konkursverwalter auf die Haftung geltend gemachten Anspruch der Konkursmasse zuzuordnen. ¹¹⁹⁾

Auch nach der Einführung des § 171 Abs. 2 HGB ordnete noch die überwiegende Literaturmeinung das gem. § 171 Abs. 2 HGB Eingezogene der Konkursmasse zu. ¹²⁰⁾

Dies wurde im wesentlichen damit begründet, daß auch das gem. § 171 Abs. 2 HGB Eingezogene zur gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger zu verwenden sei, also auch derer, denen der Kommanditist nicht mehr hafte. Ein Beispiel für das letztere ist die auf die Altgläubiger beschränkte Haftung des ausgeschiedenen Kommanditisten. Hier sollte das Geleistete deshalb allen Gläubigern zugutekommen, weil der Kommanditist vor Konkurseröffnung berechtigt gewesen wäre, mit haftungsbefreiender Wirkung an die Gesellschaft zu leisten und somit dieselbe Wirkung eintrete, wie wenn im Konkurs das Geleistete der Konkursmasse zuflösse und somit auch den Neugläubigern zugutekomme. ¹²¹⁾

Dagegen forderten allerdings schon Kohler ¹²²⁾ und Wieland ¹²³⁾ und ihnen folgend Ritter ¹²⁴⁾, daß das gem. § 171 Abs. 2 HGB Eingezogene einer Sondermasse zuzordnen sei. Kohler begründete dies damit, daß das gem. § 171 Abs. 2 HGB

119) vergl. RGZ 37, 82 ff

120) vergl. Weipert, § 171 Anm. 38, 40, 42;
Flechtheim § 171, Anm. 16, 17

121) vergl. Weipert, § 171, Anm. 42; Flechtheim § 171
Anm. 17; Jaeger/Weber, §§ 209/210, Anm. 32, S. 782

122) vergl. ACP 95, 339, 344, "neue konkursrechtliche
Forschung"

123) vergl. S. 760

124) vergl. Ritter, § 171 Anm. 5 c

Geleistete nicht erst Eigentum der KG als Massesträger, sondern unmittelbares Eigentum der gem. § 171 Abs. 1 HGB berechtigten Gläubiger werde und deshalb eine zweite Konkursgemeinschaft als "Eigentumsgemeinschaft" gebildet werde. ¹²⁵⁾

Wieland begründet die Annahme einer Sondermasse dagegen damit, daß der Konkursverwalter nur die Leistung des Kommanditisten an die Gläubiger vollziehe und der "einbezahlte Betrag damit im Eigentum des Kommanditisten bleibe". ¹²⁶⁾ Hinsichtlich der Haftsumme wäre nach dieser Auffassung somit der Kommanditist selbst Rechtsträger.

In der neueren Literatur wird die Massezugehörigkeit des auf die Haftsumme Geleisteten heute wohl nur noch von Leven ¹²⁷⁾ wegen der von ihm in § 171 Abs.2 HGB gesehenen "cessio legis" sowie Uhlenbruck und Berges ¹²⁸⁾ bejaht. Eine grundlegende Entscheidung des BGH, nach der im Falle der Inanspruchnahme eines ausgeschiedenen Kommanditisten zugunsten der Altgläubiger eine besondere Haftungsmasse zu bilden sei, aus der nur ihnen Befriedigung gebühre ¹²⁹⁾, bewirkte, daß heute fast einhellig die Literatur von einer Sondermasse ausgeht. ¹³⁰⁾

Allerdings soll die Sondermasse dann der Einfachheit halber mit der Konkursmasse zusammengezogen werden können, wenn sich der Kreis der Konkursgläubiger und der Kreis der Gläubiger des Kommanditisten deckt. ¹³¹⁾

125) Kohler, a.a.O. S. 344

126) Wieland, S. 760, Fn. 12

127) S. 78, 80

128) Uhlenbruck, a.a.O., S. 218; Berges, KTS 57, S. 56; etwas unklar Schilling, § 171, Anm. 40

129) BGHZ 27, 55 ff

130) vergl. Keuk, die Haftung des Kommanditisten f. Schulden der Gesellschaft, ZHR 135, S. 431; Jaeger/Weber, §§ 209, 210, Anm. 32, S.782 mit vollständigen Nachweisen

131) Keuk, a.a.O. S. 431

Die Bildung der Sondermasse führt wirtschaftlich zu dem Ergebnis, daß die Altgläubiger sich neben der allgemeinen Konkursmasse zusätzlich aus der Sondermasse befriedigen können und somit gegenüber den Neugläubigern eine höhere Befriedigung erhalten. ¹³²⁾

Die Lage der Altgläubiger entspricht der in § 68 KO geregelten Situation eines Gläubigers von Gesamtschuldnern, mit der Besonderheit, daß sie ihre Rechte gegenüber dem Kommanditisten nicht selbst verfolgen können. ¹³³⁾

Die unter dem Gesichtspunkt der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung im Konkurs unbefriedigende Situation der zweifachen Zugriffsmöglichkeit der Altgläubiger, nämlich auf die Sondermasse des gem. § 171 Abs.2 HGB vom ausgeschiedenen Kommanditisten Eingezogenen, sowie der Teilnahme als "gewöhnlicher" Konkursgläubiger, wird besonders durch die von Weber unter Berufung auf BGHZ 39, 322 vertretene Ansicht verdeutlicht, nach der es dem Ausgeschiedenen sogar verwehrt sein soll, sich gegen die Inanspruchnahme aus § 171 Abs.2 HGB mit dem Einwand zu wehren, daß die Konkursmasse ganz oder teilweise ausreicht, um die Altgläubiger zu befriedigen. Dies deshalb, weil der Ausgeschiedene nicht verlangen könne, nur subsidiär in Anspruch genommen zu werden. ¹³⁴⁾

Es sei hier noch kurz erwähnt, daß die Bildung der Sondermasse zu zahlreichen praktischen Problemen führt, denen sich der BGH aber durchaus bewußt war. ¹³⁵⁾

Beispielsweise sind die Kosten von Sondermasse und Konkursmasse jeweils aus der Masse zu decken, zu deren Lasten sie entstanden sind. Auch hat unter Umständen gem. § 85 KO vom

132) Jaeger/Weber, a.a.O. S. 782

133) Jaeger/Weber, a.a.O. S. 783

134) vergl. Jaeger/Weber, a.a.O., Anm. 35, S.787

135) vergl. Anm. Fischer zu BGHZ 27, 51 ff, LM Nr.1 zu § 172 HGB, Bl. 1021

Konkursgericht die Festsetzung eines anteiligen Konkursverwalterhonorars zu erfolgen. Bezüglich weiterer Einzelheiten sei auf die umfassende Darstellung Webers verwiesen. ¹³⁶⁾ Bei einer Verteilung sind alle Altgläubiger zu berücksichtigen, auch diejenigen, die ihre Forderungen nicht im Konkurs der Gesellschaft angemeldet haben. Letzteres ist allerdings nicht unstreitig. ¹³⁷⁾

Allein die Tatsache der Sonderzuordnung ges gem. § 171 Abs.2 HGB Geleisteten erfordert jedoch nicht zwingend die Annahme einer besonderen Rechtszuständigkeit neben der Masse.

Wie Leven herausgestellt hat, läßt sich die konkursmäßige Verteilung der eingezogenen Haftsumme an die berechtigten Gläubiger auch aufgrund der Annahme erreichen, daß der vom Konkursverwalter auf die Haftsumme eingezogene Geldbetrag ein zweckgebundener Bestandteil der allgemeinen Konkursmasse wird, das Eigentum also zunächst auf die Gesellschaft als Masseträger übergeht. ¹³⁸⁾

Das letztere würde aber voraussetzen, daß die Gesellschaft überhaupt Masseträger hinsichtlich des auf die Haftsumme Geleisteten werden kann, was bei Levens Weg, den § 171 Abs. 2 HGB als "cessio legis" anzusehen, unproblematisch anzunehmen ist.

Schließt man sich jedoch der Auffassung Levens hinsichtlich der "cessio legis" nicht an, wird man zumindest im Hinblick auf die Regelung des § 171 Abs. 1 HGB die Rechtszuständigkeit der allgemeinen Konkursmasse der KG immer ablehnen müssen; sei es nun zugunsten der Sondermasse der Gläubiger oder zugunsten einer getrennten, auf die Haftsumme beschränkten Konkursmasse des Kommanditisten.

136) Jaeger/Weber a.a.O., Anm. 33, S. 783

137) Jaeger/Weger a.a.O.

138) vergl. Leven S. 18, 19

Diese Feststellung ist im Hinblick auf die Gegenseitigkeit der Forderung bei der Aufrechnung des Kommanditisten mit einer ihm gegen die KG zustehenden Forderung gegen die Inanspruchnahme aus § 171 Abs.2 HGB von Bedeutung, denn nach den herrschenden Auffassungen von der Rechtszuständigkeit des gem. § 171 Abs.2 HGB Eingezogenen kann sie im Konkurs so kaum gegeben sein.

3. Ergebnisse

Nach Konkurseröffnung haftet der Kommanditist unter Umständen im Innenverhältnis auf die Pflichteinlage, die zur Konkursmasse gehört.

Die Haftsumme wird gem. § 171 Abs.2 HGB ebenfalls vom Konkursverwalter eingezogen, ihre rechtliche Einordnung ist jedoch umstritten. Während früher die Ansicht vertreten wurde, daß der Konkursverwalter Kraft eigenen Rechts Anspruchsträger werde¹³⁹⁾, überwiegt heute die Ansicht, daß eine materielle Rechtsänderung durch § 171 Abs.2 HGB nicht eintrete, vielmehr der Konkursverwalter das Recht der Gesellschaftsgläubiger nur als Treuhänder ausübe.¹⁴⁰⁾

Der Konkursverwalter darf dabei wählen, ob er die Ansprüche auf die eventuell noch ausstehende Pflichteinlage oder auf die Haftsumme geltend macht. Konsequenterweise wird heute fast einhellig das vom Konkursverwalter gem. § 171 Abs.2 HGB Eingezogene nicht der Konkursmasse zugeordnet. Vielmehr ist eine Sondermasse zugunsten der aus § 171 Abs.1 HGB berechtigten Gläubiger des Kommanditisten zu bilden.¹⁴¹⁾

139) Staub/Pinner, § 171 Anm. 8

140) BGHZ 42, 192 (193, 194), a.A. allerdings Leven, der § 171 Abs.2 HGB als "cessio legis" ansieht, vergl. unten III

141) Jaeger/Weber §§ 209, 210, Anm.32 S. 782 m.w.N.

Nach Ansicht Wielands ¹⁴²⁾ soll allerdings der Kommanditist selbst Träger der Sondermasse sein.

Die Existenz von zwei Massen hat neben technischen Nachteilen die in Kauf genommene Konsequenz der zweifachen Zugriffsmöglichkeit für die Altgläubiger. Wenn sich der Kreis der Konkursgläubiger mit denen der aus § 171 Abs. 1 HGB berechtigten Gläubiger, also der Altgläubiger, deckt, soll allerdings der Einfachheit halber die Konkursmasse mit der Sondermasse zusammengezogen werden können.

In jedem Falle fehlt es aber bei einer Aufrechnung des Kommanditisten im Konkurs der Gesellschaft mit einer Forderung gegen die KG an der Gegenseitigkeit gem. § 387 BGB.

142) S. 760, Fn. 12

III. § 171 Abs. 2 HGB als "cessio legis"?

Den aus der fehlenden Gegenseitigkeit bei der Aufrechnung sich ergebenden Problemen entgeht man, wenn man wie Leven¹⁴³⁾ unter ergänzender Auslegung des § 171 Abs. 2 HGB für die Dauer des Konkurses eine cessio legis annimmt, die bewirkt, daß der ursprünglich den Gesellschaftsgläubigern direkt zustehende Anspruch auf die Haftsumme durch den Tatbestand der Konkurseröffnung als entsprechender Zahlungsanspruch auf die KG und damit auf die Masse übergeht. Einer Konkursaufrechnung solle in diesem Falle auch die Vorschrift des § 55 KO nicht entgegenstehen. Zwar wird nach Levens Vorstellungen der Kommanditist erst infolge der Konkurseröffnung und deshalb "nach Eröffnung" im Sinne des § 55 Nr. 1 KO bezüglich der Haftsumme Schuldner der KG. Dem soll jedoch hier die Vorschrift des § 54 Abs. 1 KO helfen, der auch für gesetzlich bedingte Forderungen gelte. Die Zahlungspflicht zur Masse, so folgert Leven, bestand jedoch schon vor Konkurseröffnung aufschiebend bedingt aufgrund von § 171 Abs. 2 HGB.¹⁴⁴⁾

1. Leven begründet die "cessio legis" wie folgt:

§ 171 Abs. 2 HGB beinhalte für den Fall des Konkurses eine Gesetzeslücke betreffend die Anspruchsträgerschaft der rückständigen Haftsumme. Dagegen lasse sich direkt aus § 171 Abs. 2 HGB der Satz entnehmen, "daß während des

¹⁴³⁾ vergl. S. 79, 80

¹⁴⁴⁾ vergl. Leven, S. 101 m.w.N., dagegen: Jaeger:Weber, §§ 209, 210, Anm. 31, S. 780, der insoweit eine Gleichstellung mit dem anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruch annimmt, der ebenfalls nicht vor Konkursbeginn entstehe

Konkurses an der Stelle der bisherigen Einzelansprüche der Gesellschaftsgläubiger gegen den Kommanditisten nun ein einheitlicher Anspruch auf Zahlung zur Masse bestehe".¹⁴⁵⁾

Weiter lasse sich aus der Formulierung des § 1978 Abs.2 BGB als bloße Fiktion entnehmen, daß die Annahme von Rechtsbeziehungen zwischen zwei verschiedenen Vermögensmassen desselben Rechtssubjekts vermieden werden sollte.¹⁴⁶⁾

Auch lasse sich aus der allgemeinen Ordnung des Konkurses entnehmen, daß dort an keiner Stelle vorgesehen sei, daß der Konkursverwalter einen Anspruch der Konkursgläubiger ausübe. Das gelte selbst für den anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruch.¹⁴⁷⁾

Auslegung und Ergänzung unter Berücksichtigung des oben Aufgeführten ergäben somit, daß durch § 171 Abs. 2 HGB nicht nur die Rechtsausübung gegenüber dem Kommanditisten verlagert werde, sondern auch eine Änderung der materiellen Rechtsbeziehungen dahingehend eintrete, daß nunmehr die Masse Träger des Anspruchs aus § 171 Abs.2 HGB geworden sei.¹⁴⁸⁾

Hinsichtlich des Rechtszuwachses bei der Masse stellt sich für Leven dann nur noch die Frage, ob derivativer oder originärer Rechtserwerb vorliege. Im Gegensatz etwa zu Pinner, der originären Rechtserwerb des Konkursverwalters annahm,¹⁴⁹⁾ nimmt Leven mit der Begründung, daß der Anspruch aus § 171 Abs. 2 HGB in jeder Hinsicht vom vorherigen Bestehen entsprechender Gläubigerrechte abhängig sei, an, daß derivativer Rechtserwerb in der Form der cessio legis vorliege.¹⁵⁰⁾

145) vergl. Leven, S. 73

146) Leven, S. 70

147) Leven, S. 46, 47

148) Leven, S. 73, 74

149) vergl. Staub/Pinner, § 171, Anm. 8

150) Leven, S. 74 ff

2. Kritik an der Auffassung Levens

Zunächst spricht schon der Wortlaut des § 171 Abs.2 HGB "... wird das den Gesellschaftsgläubigern zustehende Recht durch den Konkursverwalter ausgeübt" gegen einen Forderungsübergang. Es wird vielmehr ausdrücklich erklärt, daß das Recht, das der Konkursverwalter ausübt, den Gesellschaftsgläubigern zusteht.

Für den Tatbestand einer cessio legis ist jedoch erforderlich, daß "das Gesetz erkennbar anordnet, daß die Forderung unmittelbar Kraft Gesetzes übergehen soll". ¹⁵¹⁾

Da es hier aber an einer solchen gesetzlichen Anordnung fehlt, ja geradezu Gegenteiliges ausgesagt wird, erscheint es systematisch schon höchst zweifelhaft, die Voraussetzungen einer cessio legis durch Gesetzesauslegung contra legem anzunehmen.

Diese Bedenken werden noch verstärkt durch das Argument des BGH ¹⁵²⁾, daß die durch die cessio legis bewirkte materiellrechtliche Änderung sich zu Lasten der berechtigten Altgläubiger bei einem ausgeschiedenen Kommanditisten auswirken kann. Dies kann im Extremfall soweit gehen, daß den Altgläubigern zugunsten von Neugläubigern der Haftsummenanspruch gegen den ausgeschiedenen Kommanditisten nahezu völlig entzogen werden könnte. ¹⁵³⁾

Leven will den letzteren Bedenken dadurch entgegentreten, daß das auf die Haftsumme vom Kommanditisten Eingezogene zweckgebundener Bestandteil der allgemeinen Masse werden solle. Der Konkursverwalter könne dann neben der allgemeinen Dividende den zweckgebundenen Massebestandteil an die berechtigten Gläubiger verteilen. ¹⁵⁴⁾

151) Münchener Kommentar, Anm. 2 zu § 412;

BGHZ 43, 5; Tschierschke, S. 44, 84

152) BGHZ 27, 55 ff, dazu Anm. v. Fischer, LM § 172 HGB, Nr. 1, Bl. 1021

153) vergl. Fischer a.a.O.

154) Leven, S. 18, 19

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß für den Fall, daß Altgläubiger ihre Forderungen nicht im Konkurs verfolgen, sich der Konkursverwalter aufgrund der cessio legis mit der Befriedigung einer Gläubigergruppe zu befassen hätte, welche die Haftung der "allgemeinen" Konkursmasse nicht in Anspruch nimmt. Eine solche zusätzliche Belastung des Konkursverwalters ist aber im Prinzip unerwünscht. ¹⁵⁵⁾ Darüber hinaus würde die von Leven vorgeschlagene Handhabung im praktischen Ergebnis der Bildung einer Sondermasse gleichkommen, so daß die der Systematik der Konkursordnung zuwiderlaufende Situation, nämlich die Verwaltung von zwei verschiedenen Vermögensmassen durch den Konkursverwalter, auf diesem Umweg wieder hergestellt würde.

Da somit feststeht, daß im praktischen Ergebnis die der Systematik der Konkursordnung scheinbar gerechter werdende Lösung über den Weg der cessio legis doch wieder zu dem systemwidrigen Zustand führen muß, der durch die erweiternde Auslegung gerade beseitigt werden sollte, und darüber hinaus eine solche Auslegung nur contra legem erfolgen kann, kann hier eine cessio legis nicht angenommen werden. ¹⁵⁶⁾

3. Ergebnis:

Zusammenfassend läßt sich damit festhalten, daß der der Problematik aus der fehlenden Gegenseitigkeit bei der Konkursaufrechnung gegen den Anspruch aus § 171 Abs.2 HGB aus dem Wege gehende Lösungsversuch Levens mit der Annahme einer cessio legis in § 171 Abs.2 HGB unzulässig und damit nicht gangbar ist. Es gelten daher weiterhin die in oben II herausgearbeiteten Ergebnisse, nach denen es bei einer Konkursaufrechnung gegen den Haftsummenanspruch an der Gegenseitigkeit gem. § 387 BGB fehlt.

155) vergl. Jaeger/Weber, §§ 209/210, Anm.35, S. 786

156) ebenso im Ergebnis die h.M., vergl. Tschierschke, S. 44, 84; Mentzel/Kuhn, § 209, Anm. 13, S. 740

V. Darstellung der Konkursaufrechnung durch den Kommanditisten gegen die Inanspruchnahme auf die Haftsumme anhand der wichtigsten Entscheidungen des BGH und Reichsgerichts

. Der BGH hatte mit Urteil v. 9.12.1971 (= BGHZ 58, 72 ff) Gelegenheit, die Frage der Aufrechnung grundsätzlich zu entscheiden.

In späteren Urteilen nimmt der BGH bei seinen Begründungen lediglich Bezug auf diese Entscheidung. ¹⁵⁷⁾

Dem Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger ist Kommanditist einer in Konkurs gefallenen KG. Er wird im Zuge einer Widerklage vom beklagten Konkursverwalter auf Leistung von Hafteinlage gem. § 171 Abs.2 HGB auf DM 37.500,-- in Anspruch genommen. Vor Konkurseröffnung hat der Y-Kreditverein der KG einen Betriebsmittelkredit gewährt. Der Kläger hat in Höhe dieses Kredites Schuldbeitritt erklärt. Nach Konkurseröffnung zahlten Dritte namens und auf Rechnung des Klägers DM 43.500,-- an den Y-Kreditverein zur Erfüllung von dessen Verbindlichkeiten (§ 267 Abs. 1 BGB). Der Kläger ist der Ansicht, daß er mit DM 43.500,-- gegen den Hafteinlagenanspruch aufrechnen könne, da ihm gem. §§ 426 Abs. 1, 670 BGB ein Erstattungsanspruch gegen die Gesellschaft zustehe.

Das Berufungsgericht hielt die Aufrechnung für uneingeschränkt möglich.

Der BGH hält hier die Aufrechnung aus folgenden Gründen nur eingeschränkt für zulässig:

157) vergl. z.B. BGH Urteil v. 10. Nov. 75 in NJW 76, 418, 419

Die §§ 53 ff KO ständen der Aufrechnung nicht entgegen, da der Erstattungsanspruch bereits vor Konkurseröffnung aufschiebend bedingt begründet war.

Eine Aufrechnung mit Drittgläubigerforderungen sei zumindest dann möglich, wenn der Gesellschafter noch der KG angehöre und so der Kreis der Konkursgläubiger der Gesellschaft und der, denen der Kommanditist noch hafte, sich noch decken.

§§ 53 ff KO setzten eine Aufrechnungslage vor Konkurseröffnung voraus. Außerhalb des Konkurses sei der Kommanditist aber nicht Schuldner der Gesellschaft, sondern hinsichtlich seiner Haftung Schuldner der Gesellschaftsgläubiger. Das Vorliegen der gem. § 387 BGB erforderlichen Gegenseitigkeit sei daher zweifelhaft.

Die Interessenlage sei aber ähnlich.

Außerhalb des Konkurses sei dem Kommanditisten Befreiung von seiner Haftung durch Zahlung an die Gesellschaft gem. § 171 Abs. 1 HGB möglich. Diese Befugnis, mit befreiender Wirkung zu zahlen, rechtfertige eine entsprechende Anwendung von § 387 BGB und insofern die Aufrechnung mit einer gegen die Gesellschaft begründeten Forderung, zumal hierdurch das Gesellschaftsvermögen ebenso wie durch eine Zahlung vermehrt werde.

Diese außerhalb des Konkurses bestehende Aufrechnungslage müsse dem Kommanditisten daher grundsätzlich auch im Konkurs zugutekommen.

Eine weitere Besonderheit gelte aber für Schuldbeitritt und - obiter dictum - auch für Bürgschaft. ¹⁵⁸⁾

Ratio legis des § 171 Abs. 2 HGB sei, daß die Haftsumme durch den Konkursverwalter zur gleichmäßigen Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger bereit gestellt werden solle und daß nach Konkurseröffnung durch § 171 Abs. 2 HGB für den Kommanditisten die Möglichkeit beseitigt werden solle, _____

158) so später BGH in WM 74, 1005, Urteil v. 1. Juli 74 entgegen RGZ 37, 82, 87 .

noch weiter an einzelne Gläubiger auf Kosten der Haftsumme zu leisten.

Der Schuldbeitritt falle ins eigene Risiko des Kommanditisten und dürfe daher diesem aufgrund einer Interessenwertung orientiert am Zweck der Regelung des § 171 Abs. 2 HGB nur insoweit zugutekommen, als er mit dem die noch ausstehende Haftsumme übersteigenden Betrage des Erstattungsanspruchs aufrechnen dürfe.

Nach dieser Entscheidung ergäbe sich folgende Aufrechnungslage:

	DM
Haftsumme	37.500,--
Erstattungsanspruch	<u>43.500,--</u>
Aufrechnungsfähig	6.000,--, so daß der Konkurs-

verwalter hier noch DM 31.500,-- auf die Haftsumme nach erfolgter Aufrechnung einfordern dürfe (ein schon rechnerisch sehr merkwürdiges Ergebnis!).

2. In der älteren Rechtspr. hatte das OLG Hamburg in HRR 1934 (1042, 1043) eine gegenteilige Auffassung vertreten:

Das OLG hatte hier zu entscheiden, ob ein ausgeschiedener Kommanditist, der vom Konkursverwalter gem. § 171 Abs.2 HGB in Anspruch genommen wurde, sich gegen diese Inanspruchnahme durch Aufrechnung mit seinem Anspruch gegen die KG auf Rückzahlung seiner Einlage wehren könne.

Das OLG setzte sich dabei zunächst mit der Frage auseinander, ob der Konkursverwalter auch den ausgeschiedenen Kommanditisten gem. § 171 Abs. 2 HGB in Anspruch nehmen könne.

Im Gegensatz zu einer früheren Entscheidung des OLG Hamburg¹⁵⁹⁾ wurde dies bejaht, da der Konkursverwalter hierbei Rechte der Gläubiger und nicht der Masse ausübe. Wenn dadurch auch hinsichtlich der Gläubigerbefriedigung Unebenheiten aufträten, seien diese als kleineres Übel im Interesse

159) OLG E 32, 109, 110

einer möglichst reibungslosen Konkursabwicklung vom Gesetzgeber bewußt in Kauf genommen worden.

Zwar könne der verbliebene Kommanditist mit Forderungen gegen den Gesellschaftsgläubiger und daher auch gegen den Konkursverwalter aufrechnen, es sei ihm aber - und damit auch dem ausgeschiedenen Kommanditist - jedoch versagt, gegen die vom Konkursverwalter gem. § 171 Abs.2 HGB "ausgeübte" Forderung der Gesellschaftsgläubiger mit seinen ihm gegen die KG zustehenden Forderungen aufzurechnen.

Durch das Hervorheben von "durch den Konkursverwalter ausgeübter Forderung der Gesellschaftsgläubiger gegen eine Forderung gegen die KG" wird deutlich, daß das OLG - ohne dies ausdrücklich zu erklären - hier die Aufrechnung mangels Gegenseitigkeit für unzulässig hält.

3. Dagegen hatte das Reichsgericht aufgrund nachfolgend angeführter Entscheidungen die Aufrechnung gegen den Hafteinlageanspruch für zulässig gehalten:

a) Urteil vom 30.4.1896, RGZ 37, 82 ff:

Das Reichsgericht läßt hier die Aufrechnung eines durch eine Wechselbürgschaft in Anspruch genommenen Kommanditisten gegen den vom Konkursverwalter geltend gemachten Hafteinlageanspruch mit dem Erstattungsanspruch aus der Bürgschaft gegen den Gemeinschuldner zu.

Die Entscheidung stützt sich auf die damalige Regelung des Art. 165 ADHGB, der aber noch nicht die Vorschrift des späteren § 171 Abs. 2 HGB enthielt. Weiterhin konnten nach der Regelung des Art. 122 ADHGB die Gesellschaftsgläubiger aus dem Privatvermögen der Gesellschafter nur wegen ihres Ausfalls im Konkurs Befriedigung suchen.

Das Reichsgericht geht davon aus, daß es sich bei der "Haft"einlagenforderung um eine Forderung handle, die zur Konkursmasse gehöre. Der Kommanditist rechne daher mit seinem Anspruch aus der Bürgschaftsverpflichtung mit einer Forderung gegen die Gesellschaft als Schuldner der Gesellschaft auf, so daß sich das Problem der Gegenseitigkeit für das Reichsgericht nicht stellt.

b) Urteil vom 2.4.1906, RGZ 63, 265 ff:

Der beklagte Kommanditist hatte hier zum Zeitpunkt des Konkurses der KG seine Einlage noch nicht in voller Höhe geleistet. Er hatte eine Darlehens- und Kaufpreisforderung gegen die KG.

Das Reichsgericht begründet die Zulässigkeit einer Aufrechnung auch gegen die Forderung der Gesellschaftsgläubiger aus § 171 Abs.2 HGB einfach damit, daß ein Kommanditist seine Einlage grundsätzlich auch durch Aufrechnung leisten könne, soweit der Gesellschaft hierdurch ein Vermögenswert zufließe. Das gelte für eine Darlehensforderung zum Nennwerte, für eine Kaufpreisforderung aber sei ein Vermögenswert nur in der Höhe, wie der objektive Wert des an die Gesellschaft verkauften Gegenstandes ausmache, gegeben.

Nach § 171 Abs.1, 2. Halbs. HGB sei die Einlage in Höhe der Aufrechnung als geleistet anzusehen.

Mit der Frage der Gegenseitigkeit setzt sich dieses Urteil ebenfalls nicht auseinander. Dies wohl deshalb, weil trotz der inzwischen neuen Regelung des § 171 HGB, der den Art. 165 ADHGB abgelöst hatte, die ganz überwiegende Meinung davon ausging, daß für das vom Konkursverwalter gem. § 171 Abs.2 HGB Eingezogene die Rechtszuständigkeit der Konkursmasse gegeben sei (vergl. oben II 2. b).

Dazu dürfte auch der undifferenzierte Gesetzeswortlaut betreffend die KG-"Einlage"-"verführt" haben (vergl. oben I. 1).

Der BGH war spätestens seit seiner Entscheidung vom 20.3.1958¹⁶⁰⁾ - betreffend die Befriedigung von Altgläubigern - gezwungen, sich mit der Problematik der fehlenden Gegenseitigkeit bei der Aufrechnung auseinanderzusetzen. In der angeführten Entscheidung hatte er nämlich die Massezugehörigkeit des gem. § 171 Abs. 2 HGB Eingezogenen verneint (vergl. oben II. 2 b).

160) BGHZ 27, 51, 55 ff

Überprüfung der BGH Rechtsprechung hinsichtlich der Gegenseitigkeit gem. § 387 BGB bei der Aufrechnung gegen den Anspruch auf Einziehung der Haftsumme

Die Interessenerwägungen, mit denen der BGH sich über das Erfordernis der Gegenseitigkeit hinwegsetzt und zu einer entsprechenden Anwendung von § 387 BGB kommt, beruhen auf folgenden Prämissen:

- a) Außerhalb des Konkurses könne sich der Kommanditist von seiner Gläubigerhaftung gem. § 171 Abs.1 HGB durch Zahlung an die KG befreien. Dies rechtfertige auch, die Befreiung durch Aufrechnung mit einer Forderung gegen die KG vorzunehmen, da dann § 387 BGB entsprechend Anwendung finde, denn durch die Aufrechnung werde das Gesellschaftsvermögen ebenso wie durch Zahlung vermehrt.
- b) Aufgrund ähnlicher Interessenlage nach der Konkurseröffnung müsse dem Kommanditisten die vorher bestehende Aufrechnungslage auch im Konkurs zugutekommen.

1. Überprüfung der Prämisse zu a), (entsprechende Anwendung von § 387 BGB bei der Aufrechnung außerhalb des Konkurses):

Ansichts des klaren Wortlauts der Regelung des § 387 BGB "Schulden zwei Personen einander Leistungen," ist fraglich, ob die Vorschrift hinsichtlich des Gegenseitigkeitserfordernisses überhaupt eine "offene" Regelungslücke enthält, was methodisch Voraussetzung für eine Analogie wäre. 161)

161) Larenz, Methodenlehre S. 366

Vielmehr dürfte hier nur eine "verdeckte" Regelungslücke vorliegen können, so daß von einer "teleologischen Reduktion" oder "Restriktion" ¹⁶²⁾ gesprochen werden müßte.

Ohne auf diese rein methodische Frage näher einzugehen, soll im folgenden untersucht werden, ob die Interessenlage des Kommanditisten vor Konkurseröffnung tatsächlich eine entsprechende Anwendung von § 387 BGB gebietet.

¹⁶²⁾ Larenz, a.a.O., S. 377

- a) Prüfung, ob die Interessenlage des Kommanditisten außerhalb des Konkurses überhaupt eine entsprechende Anwendung von § 387 BGB erfordert.

Um diese Prüfung vornehmen zu könne, sind die allgemeine Bedeutung des Gegenseitigkeitserfordernissess für die Aufrechnung, die Interessen der Kommanditisten, der Gesellschaftsgläubiger und der Gesellschaft aufzuzeigen.

- aa) Allgemeine Bedeutung des Gegenseitigkeitserfordernisses bei der Aufrechnung

Wie bereits oben ausgeführt dient die Aufrechnung der Tilgung wechselseitiger Forderungen um ein zweckloses Hin- und Her zu vermeiden, und ist damit Ausfluß des allgemeinen Rechtsgedankens: "dolo facit, qui petit, quod statim rediturus est". ¹⁶³⁾ Darüber hinaus kommt der Aufrechnungslage aber eine ähnliche Bedeutung wie einem Sicherungsrecht zu, weil sie es erlaubt, daß sich der zur Aufrechnung Berechtigte selbständig, ohne erst Klage zu erheben und vollstrecken zu müssen, befriedigen kann. ¹⁶⁴⁾

Diese Tatsache schafft dem zur Aufrechnung Berechtigten dann im Konkurs ein der Absonderung gleichartiges Gläubigerprivileg. ¹⁶⁵⁾

Wohl aus diesem Grunde bezeichnet Lehmann ¹⁶⁶⁾ die Gegenseitigkeit als "Haupterfordernis" der Aufrechnung. Ausnahmen von der Gegenseitigkeit oder wie Heck sie nennt, scheinbare Ausnahmen ¹⁶⁷⁾ sieht das Gesetz nur in scharf abgegrenzten Fällen vor, die im folgenden kurz darzustellen sind.

163) vergl. H. Lehmann zur Aufrechnung der Reichsgläubiger gegen Reichsgesellschaften, JZ 1952, S.289

164) Larenz, Schuldrecht I, AT § 18 VI, S. 214

165) vergl. Baumann, S. 125; Oertmann, § 387 Anm. 1 a, S. 411, Heck, S. 185

166) JZ 1952, S. 289

167) Heck, S. 185

Aus den Protokollen ergibt sich, daß diese Ausnahmen von dem Gegenseitigkeitserfordernis nach dem Willen des Gesetzgebers auf die im Gesetz normierten Tatbestände beschränkt bleiben sollten. 168)

Grundsätzlich erfordert die Gegenseitigkeit, daß gegen die Forderung nur der Schuldner, nicht aber ein Dritter aufrechnen kann. Eine "scheinbare" Ausnahme davon gilt nur in dem Fall, daß ein Dritter im eigenen Interesse berechtigt ist, den Gläubiger durch eine bestimmte Leistung zu befriedigen, obgleich er diesem nichts schuldet; dies aber nicht zum Zwecke der Tilgung, sondern nur zum Zwecke des Forderungsüberganges auf ihn. Dies ergibt sich aus der Ausnahmenvorschrift des § 268 Abs. 2 BGB. 169)

Eine Erweiterung des Gegenseitigkeitserfordernisses in dieser Konstellation nehmen Enneccerus-Lehmann 170) für den Fall der "facultas alternativa" an. Dies erscheint relativ unproblematisch, weil, wie schon oben (I. 3b) aufgezeigt, im Bezug auf das Personenverhältnis die Personenidentität gewahrt ist, im Gegensatz zu einem Dreiecksverhältnis, wie es bei der Regelung des § 268 BGB gegeben ist. Es ist daher zweifelhaft, ob der Fall der "facultas alternativa" überhaupt eine Ausnahme vom Gegenseitigkeitsverhältnis darstellt. Das wäre sicherlich dann nicht der Fall, wenn man noch mit Heck das Gegenseitigkeitserfordernis mit dem Begriff "Personenidentität" umschreiben würde. 171)

Weiter erfordert die Gegenseitigkeit, daß die zur Aufrechnung verwandte Forderung sich gegen den Gläubiger selbst richten muß. 172)

168) vergl. Prot. II S. 361, 362 im Gegensatz zu Mot. I S. 105

169) vergl. Planck § 387, Anm. 1 b, S. 525; Heck S. 185, Lehmann, a.a.O., S. 290, weitergehend Mot. I, S. 105, wogegen sich Prot. II, S. 362 wandten

170) a.a.O. § 70 I, 1 b S. 271

171) vergl. Heck, a.a.O.

172) Blomeyer, Schuldrecht § 40 II 1 b, S. 241

Hiervon gibt es durch die Vorschrift des § 406 BGB eine gesetzlich normierte Ausnahme. Sinn dieser Ausnahme ist es, zu bewirken, daß bei einem durch Abtretung vorgenommenen Gläubigerwechsel dem Schuldner seine bis dahin bestehende Aufrechnungsmöglichkeit erhalten bleibt.

Wegen der persönlichen Haftung der Gesellschafter einer OHG oder eines Komplementärs einer KG kann der Privatschuldner eines dieser Gesellschafter seine Schuld durch Aufrechnung mit einer ihm gegen die OHG oder KG zustehenden Forderung tilgen. Diese Ausnahme vom Erfordernis der Gegenseitigkeit ist aber durch § 128 HGB ebenfalls gesetzlich begründet.¹⁷³⁾ Auch die vom Reichsgericht zugelassene Aufrechnung des Gläubigers eines Kommissionärs trotz der Vorschrift des § 392 Abs.2 HGB, nach der die Forderung aus dem Verhältnis Kommissionär - Dritter als Forderung des Kommitenten gilt¹⁷⁴⁾, gegen seine Schuld aus dem Kommissionsgeschäft, deren Zulässigkeit von der Literatur teilweise bestritten wird¹⁷⁵⁾, hat ihren Streitpunkt bezüglich der Gegenseitigkeit nur in der Frage, ob im jeweiligen Aufrechnungsfall die Fiktion des § 392 Abs. 2 HGB eingreife oder nicht. Eine echte Ausnahme vom Erfordernis der Gegenseitigkeit ist auch hier nicht gegeben.

Bis heute hat die Rechtsprechung, abgesehen von der Aufrechnung gegen die Haftsummenforderung, lediglich für einen einzigen besonderen Fall die Berufung auf die rechtliche Verschiedenheit von Gläubiger und Schuldner des Aufrechnenden als gegen Treu und Glauben verstoßend angesehen. Es handelte sich hierbei um die sogenannten Kriegsgesellschaften des

173) vergl. Jaeger/Lent § 53 Anm. 16, S. 757;
RGZ 41, 25 (28, 29)

174) vergl. Mentzel/Kuhn, § 53 Anm. 5

175) vergl. Schlegelberger/Hefermehl § 392 Anm. 24

Deutschen Reiches. Es war zunächst längere Zeit streitig, ob ein Schuldner von Einmanngesellschaften des ehemaligen Deutschen Reiches, z.B. der Rüstungskontor GmbH, Luftfahrt-Kontor GmbH, mit Forderungen gegen das Reich oder andere Reichsstellen aufrechnen konnte.

Der BGH ließ dann eine Aufrechnung mit nach § 14 UmStG nicht umgestellten Forderungen gegen das Reich auch gegen Forderungen solcher Kriegsgesellschaften zu, die lediglich eine juristische, verselbständigte Erscheinungsform des Reiches ohne eigene Willensbildung und ohne eigene Vermögenssubstanz gewesen sind. 176)

Begründet wurde die Zulässigkeit der Aufrechnung mit § 242 BGB. Die Berufung auf die formale Selbständigkeit der Reichsgesellschaften und damit auf den Mangel der Gegenseitigkeit verstoße hier gegen Treu und Glauben, da die Reichsgesellschaften gegenüber dem Reich vollständig weisungsgebunden gewesen seien.

In einer anderen Entscheidung 177) betonte der BGH jedoch noch einmal den Grundsatz des Erfordernisses der Gegenseitigkeit und lehnte die Aufrechnung gegen eine Forderung der früheren Luftfahrtkontor GmbH auf Rückzahlung eines Betriebsmittelkredites ab.

Der BGH führte zur Begründung aus, daß die klagende Reichsgesellschaft den Betriebsmittelkredit, gegen den mit Forderungen gegen das Reich aufgerechnet werden sollte, hier nach rein privatwirtschaftlichen Kriterien vergeben habe. Auch sei die rein kaufmännisch aufgezo- gene Reichsgesellschaft nicht hoheitlich, sondern rein privatwirtschaftlich aufgetreten. Es handele sich nach den tatsächlichen

176) vergl. dazu die Entscheidung BGHZ 26, 31, 34, 35 m.w.N. auf die vorangegangenen Entscheidungen zu diesem Komplex

177) BGHZ 15, 30, 31

Feststellungen nicht um eine nur äußerlich in die Form einer "juristischen Person" gekleidete "Dienststelle" des Reiches, sondern um eine, als solche zu behandelnde Gesellschaft des Privatrechts. ¹⁷⁸⁾

Ein Widerspruch der Reichsgesellschaft gegen die Aufrechnung stellte sich hier somit nicht als Mißbrauch der formalen Rechtsstellung der Reichsgesellschaft dar.

In der Literatur befürwortete insbesondere Kegel die Aufrechnung mit Billigkeitserwägungen, die er auf eine Analogie zu § 268 BGB zu stützen suchte. ¹⁷⁹⁾

Dagegen wandte sich mit scharfer Kritik Lehmann ¹⁸⁰⁾, der vor den Folgen einer uferlosen Ausweitung der Aufrechnungsbefugnis warnte.

Er stellte insbesondere heraus, daß das BGB Abweichungen vom Grundsatz der Gegenseitigkeit als gesetzlich scharf abgegrenzte Ausnahmefälle in den §§ 268, 406 BGB normiert habe. Die grundsätzliche Bedeutung des Gegenseitigkeitserfordernisses komme auch durch dessen zeitliche Einschränkung gem. § 55 KO zum Ausdruck. ¹⁸¹⁾ Mit § 242 BGB lasse sich daher schließlich nicht die Aufrechnung aus Billigkeitserwägungen regeln, sondern nur im Ausnahmefall ein Rechtsmißbrauch begründen. ¹⁸²⁾

Einen ähnlichen Standpunkt hat dann der BGH in späteren Entscheidungen bezogen und keinesfalls, wie Larenz meint, ¹⁸³⁾ den Gläubigern des Reiches das Recht zur Aufrechnung grundsätzlich im Wege der Analogie zuerkannt. ¹⁸⁴⁾

178) vergl. BGHZ 15, 32 - 34

179) Kegel, JZ 51, 385, 408-411, Rohstoff- und Rüstungskredite, Rechtsfragen ihrer Abwicklung

180) JZ 52, 289 ff

181) Lehmann, a.a.O. S. 290

182) Lehmann, a.a.O. S. 290

183) vergl. Larenz, Schuldrecht I AT, VI, § 18, S.215

184) BGHZ 15, 30, 31

Schließlich wies Lehmann noch zu Recht daraufhin, daß die vermeidliche Billigkeitslösung zugunsten der Gesellschaftsschuldner sich gegenüber den mittelbar beteiligten Gläubigern der Gesellschaft zu einer krassen Unbilligkeit auswachsen kann.¹⁸⁵⁾

Festzuhalten bleibt jedenfalls, daß es sich bei dem "Abrücken" vom Gegenseitigkeitserfordernis bei den Reichsgesellschaften im Kern nur darum handelt, daß zwei rechtlich selbständige Personen, nämlich das Reich und die von ihm völlig abhängige GmbH, als eine identische Person angesehen werden. Im Kern liegt daher eher ein gesellschaftsrechtlicher Haftungsdurchgriff vor, als der Verzicht auf das Erfordernis der Gegenseitigkeit.¹⁸⁶⁾

Die bisherigen Untersuchungen ergeben, daß sich bislang im System des BGB noch keine Konstellation finden ließ, die das Gegenseitigkeitserfordernis des § 387 BGB als "planwidrige Unvollständigkeit" des Gesetzes und somit als Regelungslücke erscheinen lassen könnte. Die echten Ausnahmen vom Gegenseitigkeitserfordernis sind ausschließlich gesetzlich normiert.

Im folgenden ist nun abzuwägen, ob für den Fall der Aufrechnung des Kommanditisten mit einer Forderung gegen die KG bei der Inanspruchnahme durch einen Gesellschaftsgläubiger auf die Haftsumme § 387 BGB entsprechend angewandt werden darf, wobei die oben festgestellte herausragende Bedeutung des Gegenseitigkeitserfordernisses zu berücksichtigen ist.

185) Lehmann, a.a.O. S. 293

186) so wohl auch Kaduk, Staudinger, Bd II § 387
Anm. 38

bb) Abwägung der Bedeutung des Gegenseitigkeitserfordernisses mit den Interessen des Kommanditisten, der Gläubiger und der Gesellschaft

Nach überwiegender Ansicht soll der Kommanditist gegenüber der KG in Höhe der noch ausstehenden Haftsumme aufrechnen dürfen, auch wenn im Innenverhältnis eine ganz bestimmte Sacheinlage geschuldet ist oder die geschuldete Pflichteinlage bereits erbracht ist, so daß im Innenverhältnis gar nichts mehr geschuldet ist (vergl. oben I 3 b) aa). Die Zweifel an der unbedingten Richtigkeit dieser Ansicht wurden bereits oben dargelegt (vergl. oben I 3 b) aa). Diese, mit gesellschaftsrechtlichen Interessenerwägungen zugunsten des Kommanditisten für zulässig erachtete Aufrechnung erfüllt jedoch die Voraussetzungen des § 387 BGB insoweit, als im Verhältnis Kommanditist - KG Personenidentität gegeben ist.

Wenn der Kommanditist nun von einem Gläubiger direkt auf die Haftsumme in Anspruch genommen wird, soll ihm, sofern er noch nicht aus der Gesellschaft ausgeschieden ist ¹⁸⁷⁾, die Aufrechnung mit einer Forderung gegen die KG gegenüber deren Gläubiger trotz abweichender Personenidentität zugebilligt werden. ¹⁸⁸⁾

Es fragt sich dabei zunächst, ob es schon hinsichtlich des Interesses des Kommanditisten erforderlich ist, von dem Gegenseitigkeitserfordernis des § 387 BGB mit einer Billigkeitserwägung abzuweichen.

Das wäre dann nicht der Fall, wenn sich aufgrund bestehender gesetzlicher Regelungen eine Aufrechnung gegenüber dem Gläubiger erübrigen würde.

¹⁸⁷⁾ vergl. oben I 3 b) bb)

¹⁸⁸⁾ BGHZ 58, 72 ff

Folgt man der herrschenden Ansicht insoweit, daß der Kommanditist zum Zwecke der Haftungsbefreiung in jedem Falle gegenüber der KG aufrechnen darf, so ist überhaupt für ihn kein Bedürfnis erkennbar, direkt gegenüber dem Gläubiger aufzurechnen, um sich gegen die Inanspruchnahme durch diesen zu schützen. Vielmehr kann er nach erfolgter Aufrechnung gegenüber der KG selbst dem Gläubiger entgegenhalten, daß er an die KG haftungsbefreiend i.S. von § 171 Abs. 1, 2. Halbs. HGB geleistet habe. Damit ist seine persönliche Haftung gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger ausgeschlossen ¹⁸⁹⁾ und das Bedürfnis gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger direkt aufzurechnen, entfallen. ¹⁹⁰⁾ Es steht somit fest, daß es für den Kommanditisten einen Weg gibt, der es ihm ermöglicht, die Inanspruchnahme auf die Haftsumme durch einen Gesellschaftsgläubiger mit einer Aufrechnung gegenüber der KG selber abzuwehren, ohne daß vom Gegenseitigkeitserfordernis des § 387 BGB Abstand genommen werden müßte. Eine entsprechende Anwendung der Vorschrift wird daher von der Interessenlage des Kommanditisten her gar nicht erforderlich. ¹⁹¹⁾

Ein anderes Bild ergibt sich auch nicht für den ausgeschiedenen Kommanditisten, dem nach ganz überwiegender Ansicht die Aufrechnung gegenüber der KG ohnehin verwehrt wird. ¹⁹²⁾ Anderes könnte höchstens gelten, wenn man der Ansicht Staub-Pinners folgt ¹⁹³⁾, daß eine Aufrechnungsmöglichkeit gegenüber der KG dann nicht mehr besteht, wenn im Innenverhältnis nur eine bestimmte Sacheinlage oder gar nichts, mehr geschuldet ist, es somit an der Gleichartigkeit der Forderungen fehlt.

189) vergl. Schlegelberger/Geßler § 171 Anm.9

190) So im Ergebnis auch BGHZ 51, 391, 394; vergl. oben I 3 b) aa)

191) so im Ergebnis auch Weber, a.a.O. §§ 209, 210 Anm. 31, S. 779, 780

192) vergl. oben I 3 b) bb), dagegen K. Schmidt a.a.O. S. 158-162

193) vergl. oben I 3 b) aa), Anm. 14 u. 18 zu § 171

Dann befände sich der Kommanditist in der Lage, daß ihm gegenüber der KG das Privileg der Aufrechnungsbefugnis nur für den Fall zustände, daß er ihr im Innenverhältnis noch eine Geldeinlage schulde. Es wäre für den Kommanditisten für den Fall, daß er gegenüber der KG aus gesellschaftsvertraglichen Gründen nicht aufrechnen könne, das Bedürfnis vorhanden, mit seiner Forderung gegenüber der KG direkt mit dem Gläubiger aufzurechnen. Denn muß er an den Gesellschaftsgläubiger leisten, so erhöht sich lediglich seine Forderung gegenüber der KG um einen Erstattungsanspruch aus § 110 HGB ¹⁹⁴⁾, die Inanspruchnahme durch den Gläubiger kostet ihn somit Liquidität.

Fraglich ist nun weiter, ob sich aus diesem Liquiditätsnachteil auf eine Regelungslücke in der Vorschrift des § 387 BGB schließen läßt. Bei der für die Beantwortung dieser Frage vorzunehmenden Interessenabwägung ist für den Fall der reinen KG hinsichtlich der Gläubigerinteressen zwar nicht das Argument aus § 30 GmbHG, des bevorzugten Gläubigerschutzes, heranzuziehen. Im Gegensatz zur GmbH ist hier dem Gläubigerschutz schon durch die Existenz eines persönlich haftenden Gesellschafters hinreichend Rechnung getragen. ¹⁹⁵⁾ Anderes könnte aber für den Fall der kapitalistischen KG, der GmbH & Co KG gelten (vergl. unten V, 2 f).

Auf Seiten des Kommanditisten ist jedoch zu berücksichtigen, daß ihm nach der Ansicht Staub-Pinners die Aufrechnung gegenüber der KG ja nur aus innergesellschaftlichen und damit aus den im Gesellschaftsvertrag selbst getroffenen Vereinbarungen verwehrt sein kann.

194) vergl. Kuhn, Rechtsprechung des BGH zum Insolvenzrecht, WM 1976, S. 239

195) vergl. Wiedemann, beschränkte und unbeschränkte Kommanditistenhaftung, in Festschrift für Bärmann, S. 1038

Daß durch diese Vereinbarungen der Kommanditist sich möglicherweise einer für ihn vorteilhaften Aufrechnungsmöglichkeit begeben hat, hat damit letztlich seine Ursache nur in dem von ihm freiwillig gewählten innergesellschaftlichen Verhältnis. Die Situation erlaubt insoweit einen Vergleich mit einem vertraglichen Aufrechnungsverbot. Die Interessenlage gebietet somit auch hier keine entsprechende Anwendung von § 387 BGB.

b) Ergebnis

Aufgrund ausreichender gesetzlicher Regelungen ist außerhalb des Konkurses für eine entsprechende Anwendung des § 387 kein Raum.

Die für die Situation vor Konkurseröffnung aufgestellte Prämisse des BGH würde daher richtiger lauten müssen: "Dem Kommanditisten ist außerhalb des Konkurses die Aufrechnung mit Forderungen gegen die KG gesellschaftsrechtlich vielfach möglich. Insoweit er gegenüber der KG wirksam aufgerechnet hat, kann er den ihn in Anspruch nehmenden Gläubigern entgegenhalten, daß er gem. § 171 Abs. 1, 2. Halbs. HGB durch die Aufrechnung gegenüber der KG haftungsbefreit sei".

2. Überprüfung der Prämisse zu b) (entsprechende Anwendung von § 387 BGB auch im Konkurs) anhand typischer gesellschaftsrechtlicher Aufrechnungslagen

Bei unterstellter Richtigkeit der Prämisse zu a) ist weiter zu untersuchen, ob nun auch im Konkurs grundsätzlich ein Abstandnehmen vom Erfordernis der Gegenseitigkeit gem. § 387 BGB gerechtfertigt ist, was zunächst auch eine die entsprechende Anwendung gebietende Interessenlage voraussetzen würde. Am Vorhandensein einer solchen Interessenlage können hier insbesondere deshalb Zweifel aufkommen,

weil der BGH in einer umfangreichen Kasuistik im Ergebnis die Aufrechnung doch nur insoweit zuläßt, als sie ihm gesellschaftsrechtlich legitimiert erscheint.

Im folgenden soll nun zunächst einmal dieser weitere "Filter" der gesellschaftsrechtlichen Legitimation anhand verschiedener Fallgruppen von zur Aufrechnung stehenden Gegenforderungen des Kommanditisten gegen die KG im Konkurs dargestellt werden.

a) "Normale" Drittgläubigerforderungen

Hierunter sind Forderungen zu verstehen, bei denen der Kommanditist der Gesellschaft wie ein beliebiger Dritter gegenübersteht, die Forderungen sind also nicht gesellschaftsbezogen. Als solche kommen beispielsweise in Betracht Forderungen aus Darlehen, Miete, Pacht, Kauf oder Forderungen, die ein gesellschaftsfremder Dritter an den Kommanditisten abgetreten hat. Schon hier wird die Aufrechenbarkeit unterschiedlich beurteilt.

Das Reichsgericht hielt Aufrechnungen mit Darlehensforderungen des Gesellschafters zum Nennwert stets für zulässig, da durch die Darlehenssumme auch ein entsprechender Wert in das Gesellschaftsvermögen gelangt sei.

Dagegen dürfe aber eine Kaufpreisforderung nicht zum Nennwert, sondern grundsätzlich nur in Höhe des objektiven Wertes des an die Gesellschaft geleisteten Gegenstandes zur Aufrechnung gelangen.¹⁹⁶⁾

Das Reichsgericht bewertet dabei nicht mehr die zur Aufrechnung gestellte Forderung, sondern das Surrogat, das die Gesellschaft vom Kommanditisten erhalten hat.

196) vergl. RGZ 63, 265, 267

Verkauft beispielsweise der Kommanditist an die Gesellschaft eine Maschine, so soll er mit der Kaufpreisforderung nur insoweit aufrechnen können, als diese dem objektiven Wert der Maschine entspricht. Das Reichsgericht verfährt somit nach Sacheinlagegrundsätzen.

Dem ist die gesellschaftsrechtliche Literatur weitgehend gefolgt. 197)

Die Zulässigkeit der Aufrechnung mit Drittgläubiger-Forderungen des Gesellschafters bejaht ebenfalls die überwiegende konkursrechtliche Literatur. 198)

Allerdings lehnt Weber letzteres ab, da er, wie beim anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruch, einer Aufrechnung § 55 KO entgegenstehend ansieht. Seiner Ansicht fehlte dem Kommanditisten schon vor Konkurseröffnung mangels Gegenseitigkeit die Aufrechnungsmöglichkeit. 199)

Webers Anwendung von § 55 Nr. 1 KO setzt voraus, daß die Aufrechnungslage zeitlich erst mit der Konkurseröffnung entsteht und Weber somit die entsprechende Anwendung von § 387 BGB ablehnt. Dies bedeutet aber indirekt, daß Weber nach Konkurseröffnung von der Gegenseitigkeit ausgeht. Sonst wäre eine Berufung auf § 55 Nr. 1 KO überflüssig, denn diese Vorschrift setzt zumindest während des Konkurses eine Aufrechnungslage und damit Gegenseitigkeit voraus.

-
- 197) vergl. Flechtheim, § 171 Anm. 16; Weipert, § 171 Anm. 40; Schlegelberger/Geßler, § 171 Anm. 34; Schilling, § 171 Anm. 40; Leven S. 100; Tschierschke S. 86; dagegen explizit wohl nur Staub-Pinner § 171 Anm. 20; und indirekt Koenige/Teichmann/-Koehler, § 171 Anm. 2 und neuerdings Keuk, ZHR 135, S. 434, deren Berufung auf BGHZ 42, 192 ff, 194 bezieht sich nur auf die hier nicht zu diskutierende Variante der Aufrechnung mit einer Forderung gegen einen Gesellschaftsgläubiger nach Konkurseröffnung.
- 198) vergl. Mentzel/Kuhn, § 209, Anm. 15, S. 741, 742; Uhlenbruck, GmbH & Co KG, S. 221, 222
- 199) vergl. Jaeger/Weber, §§ 209^a, 210, Anm. 31, S. 779, 780

In weiterer Konsequenz bedeutet dies aber, daß hinsichtlich der Anspruchsträgerschaft und Rechtszuständigkeit des gem. § 171 Abs. 2 HGB Eingezogenen die Ansicht vertreten werden müßte, daß Anspruchsträger die KG, bzw. der Konkursverwalter sei und die Rechtszuständigkeit der Konkursmasse auch insoweit vorliege.

Mit der neueren Literatur und Rechtsprechung scheint Weber aber gerade den gegenteiligen Standpunkt zu vertreten.²⁰⁰⁾ Somit hätte er konsequenterweise mangels bestehender Gegenseitigkeit auch nach Konkurseröffnung gar nicht zu einer Anwendung von § 55 Nr. 1 KO kommen dürfen, sondern die Aufrechnungsbefugnis bezüglich der direkten Aufrechnung gegenüber dem Anspruch aus § 171 Abs. 2 HGB, wie beim ausgeschiedenen Kommanditisten, mangels Gegenseitigkeit ablehnen müssen.

Zwischenzeitlich ist die Aufrechnungsmöglichkeit mit einer Drittgläubigerforderung" durch Urteil des BGH vom 10.11.1975²⁰¹⁾ weiter eingeschränkt worden. Der BGH hatte hier darüber zu entscheiden, ob der Kommanditist gegen den Anspruch aus § 171 HGB auch dann haftungsbefreiend aufrechnen kann, wenn er die Gegenforderung von einem Mitgesellschafter durch Abtretung erworben hat.

Die Gegenforderung beruhte auf Ansprüchen aus Lieferverträgen. Sie waren erst abgetreten worden, als die Gesellschaft bereits illiquide war und die Forderungen damit zu diesem Zeitpunkt bereits wertlos waren.

Der BGH hält zwar an seiner grundsätzlichen Aufrechnungsbefugnis unter entsprechender Anwendung von § 387 BGB fest, lehnt dann letztlich die Aufrechnung aber mit folgender Begründung ab:

200) vergl. Jaeger/Weber a.a.O., S.778 unten,
S. 780 oben u. Anm. 37 S. 782 oben

201) BGH in WM 76, S. 107

"Der Senat hat zwar in seiner bisherigen Rechtsprechung anerkannt ²⁰²⁾, daß ein Kommanditist, der außerhalb der gesellschaftsrechtlichen Beziehungen eine Leistung an die Gesellschaft erbringt, mit seiner Forderung aus dieser Drittbeziehung gegen die Hafteinlageschuld aufrechnen kann, ohne daß es dabei auf den wirtschaftlichen Wert ankommt, den die Forderung im Zeitpunkt der Aufrechnung noch hat. Die Vermehrung des Gesellschaftsvermögens durch die Verminderung der Verbindlichkeiten infolge Aufrechnung wird in diesem Fall wie eine Einlageleistung i.S. von § 171 Abs. 1 HGB behandelt. Diese Gleichstellung läßt sich rechtfertigen, weil und soweit der Gesellschaft aus dem Privatvermögen des Kommanditisten im Rahmen der Drittbeziehung erbrachten Leistung ein echter Vermögenswert zugeflossen ist. Sie kann aber nicht auf einen Fall wie den vorliegenden ausgedehnt werden, wo der Kommanditist von einem Drittgläubiger (mag dieser zugleich Gesellschafter sein oder nicht) eine wertlose Forderung gegen die Gesellschaft erwirbt und mit ihr aufrechnet. Denn hier hat der aufrechnende Kommanditist nicht unter Inanspruchnahme seines Vermögens das Gesellschaftsvermögen um einen zusätzlichen Wert vermehrt". ²⁰³⁾

Es bleibt somit festzuhalten, daß schon bei "normalen" Drittgläubigerforderungen des Kommanditisten gegen die KG eine gesellschaftsrechtliche Interessenwertung eine Aufrechnung zumindest zum Nennwert der Gegenforderung vielfach nicht zuläßt.

202) BGHZ 51, 391, 394; 58, 72, 75 f.

203) zustimmend Kuhn, Rechtspr. des BGH, Sonderbeilage 1/78 in WM 78, S. 10

b) Regreßforderungen für Erstattungsansprüche aus
Schuldbeitritt und Bürgschaft

Regreßansprüche wegen Gläubigerbefriedigung, die letztlich zur Aufrechnung gegen die Inanspruchnahme aus § 171 Abs.2 HGB verwandt werden können, sind nach Konkurseröffnung nur in diesen beiden Fällen praktisch denkbar. Erfolgte eine Gläubigerbefriedigung durch den Kommanditisten vor Konkurseröffnung, besteht der Haftsummenanspruch überhaupt nur noch insoweit, als durch die Gläubigerbefriedigung die Haftung noch nicht ausgehöhlt wurde. Würde nun der Kommanditist mit der auf die Haftung erbrachten Leistung aufrechnen, würde dies die haftungsbefreiende Wirkung dieser Leistung beseitigen; die Haftung würde analog § 172 Abs.4 S. 1 HGB wieder aufleben, so daß hier eine Aufrechnung nicht in Betracht kommt. ²⁰⁴⁾

Eine nach Konkurseröffnung getätigte Gläubigerbefriedigung kann aber den Anspruch aus § 171 Abs. 2 HGB nicht beseitigen, da sich der Konkursverwalter eine gegen diese Vorschrift verstoßende Zahlung nicht enthalten zu lassen braucht. Eine Regreßaufrechnung gegen die Inanspruchnahme aus § 171 Abs. 2 HGB ist dagegen denkbar, wenn der Kommanditist sich Gesellschaftsgläubigern vor Konkurseröffnung zusätzlich durch Bürgschaft oder Schuldbeitritt verpflichtet hat und aus diesem Grunde einen Gesellschaftsgläubiger nach Konkurseröffnung befriedigen mußte. Das Reichsgericht hielt die Aufrechnung mit einem Erstattungsanspruch aus Bürgschaft gegen die Inanspruchnahme durch den Konkursverwalter unbedenklich für zulässig. ²⁰⁵⁾

²⁰⁴⁾ vergl. K. Schmidt, a.a.O. S. 163, 92 m.w.N

²⁰⁵⁾ vergl. oben IV, 3a); RGZ 37, 82 ff

Aufgrund dieser alten Reichsgerichts-Entscheidung, die noch auf den Regelungen des ADHGB fußte, hielt auch in der Folgezeit die überwiegende Literatur die Regreßaufrechnung dann für zulässig, wenn, wie bei der Regreßforderung des Bürgen im Konkurs ²⁰⁶⁾, sich der Kommanditist vor Konkurseröffnung gegenüber der Gesellschaft verpflichtet hat.

§ 55 KO stehe dem nicht entgegen, da die Forderung auf Ersatz der Aufwendungen bereits durch die Bürgschaftsübernahme begründet worden sei. ²⁰⁷⁾

In diesem Fall ist der Regreßanspruch hinsichtlich der Konkursaufrechnung vielmehr § 54 Abs. 1 KO zuzuordnen. Der bedingte Rückgriffsanspruch wird dann gem. § 54 Abs. 3 KO erst mit Gläubigerbefriedigung durch den Bürgen aufrechenbar. ²⁰⁸⁾

Wie oben in IV 1. kurz angedeutet, sieht der BGH ²⁰⁹⁾ die gesellschaftsrechtliche Regelung des § 171 Abs. 2 HGB einer Regreßaufrechnung aus Schuldbeitritt oder Bürgschaft insoweit als entgegenstehend an, als der Regreßanspruch deckungsgleich mit der Haftsummenforderung sei. Nur mit dem die ausstehende Haftsumme überschießenden Betrag des Regreßanspruchs soll die Aufrechnung gestattet sein.

Zur Begründung führt der BGH aus, daß § 171 Abs. 2 HGB dazu diene, den Anspruch auf die Haftsumme in die Hand des Konkursverwalters übergehen zu lassen, damit dieser die Haftsumme zur gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger bereitstelle und damit zugleich die Möglichkeit beseitigt

206) schon in den Motiven wird der Regreßanspruch des Bürgen als bedingter Anspruch nach § 67 KO behandelt, vergl. Hahn, Motive zum Entwurf der KO, die gesammelten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. IV 1881, S. 262 ff

207) vergl. Schlegelberger/Geßler, § 171 Rdn 34; Schilling § 171, Anm. 40; Flechtheim, § 171, Anm. 16; mit sich selbst im Widerspruch: Uhlenbruck S. 219 - dagegen S. 221, 222

208) vergl. Jaeger/Lent, § 55 KO Anm. 10, S. 782

209) BGHZ 58, 72, 76 ff

werde, daß der Kommanditist weiter an einzelne Gläubiger auf Kosten der Haftsumme leisten könne. Dieser Gedanke der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung müsse sich auch da durchsetzen, wo der Kommanditist eben deckungsgleich einem Gläubiger als Gesellschafter wie auch aufgrund eigener Risikoübernahme aus Schuldbeitritt hafte. Dieses von ihm eingegangene Risiko dürfe nun der Kommanditist nicht durch eine Aufrechnung, soweit sie deckungsgleich mit der noch ausstehenden Haftsumme sei, im Konkurs auf die übrigen Gesellschaftsgläubiger abwälzen und damit die Verpflichtung zur gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung im Konkurs aus § 171 Abs. 2 HGB unterlaufen.

Diese Entscheidung hat der BGH mit Urteil vom 1. Juli 1974 für den Fall einer Bürgschaft erneut bestätigt. 210)

Wenngleich, wie oben in IV 1 dargestellt, eine so vorzunehmende Aufrechnung schon rechnerisch sehr unverständlich anmutet, haben diese Entscheidungen, die dem Erfordernis der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung im Konkurs zumindest in Höhe der Deckungsgleichheit von Haftsumme und Regreßanspruch Rechnung tragen, soweit ersichtlich, weitgehend Zustimmung gefunden. 211)

Zum gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man konsequent eine kürzlich von Keuk vorgetragene Ansicht anwendet. Literatur und Rechtsprechung bejahen bislang im wesentlichen die Befugnis eines Gesellschafters, Regreßansprüche als

210) vergl. BGH in WM 74, S. 1004, 1005

211) vergl. Kuhn, WM 1974, 674, 680; derselbe in Sonderbeilage 1/78 in WM 78, S. 10; in Mentzel/Kuhn § 209, Anm.15, S. 741; Mohrbutter S. 961, Westermann, Personenges. I Rdz. 907; K. Schmidt a.a.O., S. 165; wohl auch Uhlenbruck, S. 221, 222, siehe aber auch S. 219

Konkursforderung zur Tabelle anzumelden, da die aus § 110 HGB entstandenen Ersatzansprüche echte Gläubigerrechte seien. Von den übrigen Gläubigern aus gesehen, trete praktisch der Gesellschafter an diese Stelle des von ihm befriedigten Gläubigers, dessen Konkurrenz die übrigen Gläubiger im Gesellschaftskonkurs auch hätten hinnehmen müssen, wenn der Gesellschafter nicht gezahlt hätte. ²¹²⁾

Unter Berufung auf Otto Gierke, Karl Lehmann und Klaus Müller wandte sich kürzlich Keuk ²¹³⁾ gegen diese Befugnis der KG - Gesellschafter.

Sie vertritt die Ansicht, daß Gesellschafter niemals mit den auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhenden Ansprüchen Konkursgläubiger sein können. Einer solchen Handhabung stehe der Sinn und Zweck des Konkursverfahrens über das Gesellschaftsvermögen entgegen. ²¹⁴⁾ Denn dieses diene einzig und allein dem Zweck, das noch vorhandene Gesellschaftsvermögen an die Gläubiger der Gesellschaft zu verteilen. Nun sei aber der Gesellschafter, der aus seinem Privatvermögen Schulden der Gesellschaft gezahlt habe, nicht originär Gläubiger der Gesamthand. Vielmehr habe nur ein Gesellschaftsgläubiger auf eine der ihm zur Verfügung stehenden Haftungsmassen zugegriffen, was für ihn deshalb von Interesse gewesen sei, weil das Gesamthandsvermögen zur Tilgung aller Schulden der Gesamthand nicht ausreichend sei. Nach Eröffnung des Konkursverfahrens sollen nun aber diejenigen, die als Mitglieder der Gesamthand Schuldner seien und Verbindlichkeiten der Gesamthand erfüllt haben, auf der anderen Seite Gläubigern der Gesamthand durch Regreßforderungen nicht etwas aus der Konkursmasse wegnehmen können. ²¹⁵⁾

212) vergl. Jaeger/Weber, §§ 209/210, Anm. 26, S.772 m.w.N.

213) Keuk a.a.O., S. 441

214) Keuk, S. 442

215) Keuk, S. 442

Dieser Gedanke, der dem Gesellschafter schon die Anmeldung eines Regreßanspruchs als Konkursforderung grundsätzlich verwehren will, konsequent weitergeführt, muß erst recht eine Aufrechnung gegen die Inanspruchnahme aus § 171 Abs.2 HGB verwehren. Durch diese würde den übrigen Haftsummengläubigern des Kommanditisten zugunsten eines zusätzlich durch Bürgschaft oder Schuldübernahme gesicherten einzelnen Gläubigers die der im Konkurs zur gleichmäßigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dienende Sondermasse verkürzt, ohne daß sie im gleichen Maße objektiv durch eine Vermögenszuwendung des Kommanditisten erhöht wird.

Die Vermögensmehrung der Sondermasse würde hier lediglich darin bestehen, daß ein einzelner Gläubiger in Höhe der Zahlung durch den Kommanditisten keine Ansprüche mehr gegen die Masse geltend machen kann. Dieses Ausscheiden von Ansprüchen eines einzelnen Gesellschaftsgläubigers dürfte aber in der Regel nur einen Bruchteil dessen ausmachen, um das die Haftsummenforderung zu Lasten der übrigen Gläubiger durch die Aufrechnung verkürzt wird. Das Argument Webers²¹⁶⁾, daß hier lediglich der Gesellschafter sich an Stelle des bisherigen Gläubigers unter die anderen Gläubiger einreihe, trifft somit nicht mehr zu. Die Aufrechnung würde in diesem Fall dem Sinn und Zweck des Konkursverfahrens über das Gesellschaftsvermögen, wie Keuk ihn sieht, nämlich der gleichmäßigen Befriedigung originärer Gesellschaftsgläubiger, entgegenstehen und könnte daher nicht zugelassen werden. Dies müßte dann konsequenterweise auch für den Betrag gelten, um den die aufgrund Bürgschaft oder Schuldbeitritt geleistete Zahlung die noch ausstehende Haftsumme übersteigt, da auch insoweit das oben Ausgeführte gilt, daß nämlich zugunsten eines Gläubigers zu Lasten der übrigen Gesellschaftsgläubiger die Haftungsmasse verkürzt wird, ohne daß im gleichen Maße das Gesellschaftsvermögen objektiv vermehrt wird. ²¹⁷⁾

216) vergl. oben, a.a.O.

217) im Ergebnis so: Keuk, a.a.O. S. 434

Es bleibt daher festzuhalten, daß für einen Regreßanspruch aus Bürgschaft oder Schuldbeitritt die Aufrechnung nach heute h.A. nur für den Betrag in Betracht kommt, um den die Regreßforderung die ausstehende Haftsumme übersteigt, sonst läßt eine unter Berücksichtigung von § 171 Abs.2 HGB getroffene Interessenwertung die Aufrechnung nicht zu.

Wenn man dagegen die von Keuk angestellten Überlegungen zur Anmeldungsfähigkeit von Regreßforderungen zur Konkurstabelle konsequent weiterführt, müßte man im Konkurs eine Regreßaufrechnung durch den Gesellschafter sogar völlig versagen.

c) Weitere Sozialforderungen

Neben den oben behandelten Regreßansprüchen sind noch Gewinnansprüche oder gegen die Gesellschaft gerichtete Gehaltsansprüche denkbar.

Für Gewinnansprüche gilt das bereits unter oben V 2. b) Gesagte. Hier besteht die Haftung aus § 171 HGB überhaupt nur insoweit, als die Einlage noch nicht geleistet ist. Unter Einlageleistung ist aber auch das Stehenlassen von Gewinnansprüchen zu verstehen, so daß um deren Höhe der Anspruch aus § 171 Abs.2 HGB ohnehin vermindert ist und sich damit die Frage nach einer Aufrechnung nicht stellt.

Anders sieht es dagegen bei Gehaltsansprüchen aus. Diese werden oft bei Familien GmbH & Co KGs dem geschäftsführenden Kommanditisten in Form einer sogenannten "Tätigkeitsvergütung" gewährt. Nicht selten wird dann bei Insolvenz der Gesellschaft versucht, der Inanspruchnahme aus der Haftung dadurch zu entgehen, daß die Kommanditisten die Aufrechnung mit Gehaltsansprüchen erklären. 218)

218) vergl. K. Schmidt, S. 59

Wie bereits oben ausgeführt,²¹⁹⁾ soll nach überwiegender Literaturmeinung der Kommanditist mit einer Forderung aus dem Gesellschaftsverhältnis dann zur Aufrechnung berechtigt sein, wenn er ein echtes Gläubigerrecht besitzt.²²⁰⁾ Für Dienstleistungen eines Gesellschafters ist es nicht völlig unumstritten, ob diese überhaupt - wenn man ihre Einlagefähigkeit anzweifelt²²¹⁾ - ein echtes Gläubigerrecht des Kommanditisten darstellen können. Nach h. M. ist dies jedoch dann der Fall, wenn aufgrund gesellschaftsvertraglicher Vereinbarung die Tätigkeit durch ein festes Entgelt gem. § 611 Abs. 1 BGB abgegolten wird.²²²⁾ Etwas anderes soll jedoch gelten, wenn der als "Tätigkeitsvergütung" bezeichnete Gewinnvoraus nur zur Einlageerhöhung dienen soll. In diesem Fall soll die Tätigkeitsvergütung ebenso, wie das Recht aus § 122 Abs. 1 HGB behandelt werden und daher im Gesellschaftskonkurs nicht geltend gemacht werden können.²²³⁾ Indizien für das Vorliegen der letzteren Gestaltung sei die Gewährung in Form einer Tantieme oder die Erhöhung des Gewinnanteils.²²⁴⁾

Es würde den Rahmen dieser Untersuchungen sprengen, im einzelnen weiter auf die angedeutete Abgrenzung einzugehen. Es wird hier nur noch angemerkt, daß zum Teil in der Rechtsprechung die Tendenz besteht, einem geschäftsführenden Kommanditisten die haftungsbefreiende Aufrechnung mit der "Tätigkeitsvergütung" zu versagen, da regelmäßig,

219) vergl. oben V 2 b)

220) vergl. Kuhn, WM 74, S. 679; Mentzel/Kuhn § 209, Anm. 15 b) 3, S. 741; Uhlenbruck, S. 222

221) So U. Huber, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil, der nur "bilanzfähige" Leistungen als Einlage anerkennen will, S. 192 ff. 196, 198

222) vergl. K. Schmidt, S. 61; Jaeger/Weber §§ 209, 210 Anm. 26, S. 773 m.w.N.

223) vergl. Jaeger/Weber, a.a.O. S. 773 m.w.N.

224) Jaeger/Weber, a.a.O. S. 773

wenn dem Kommanditisten im Zusammenhang mit Dienstleistungen Geschäftsführungsbefugnisse übertragen seien, anzunehmen sei, daß die Dienstleistungen aufgrund Gesellschaftsvertrages und nicht aufgrund Dienstvertrages erbracht worden seien. ²²⁵⁾

Es ist daher auch hier im Hinblick auf eine Interessenwertung festzuhalten, daß der Zulässigkeit einer Konkursaufrechnung das Gesellschaftsrecht weitgehend entgegensteht, indem es vielfach die Einlagefähigkeit von dienstvertragsähnlichen Vereinbarungen ablehnt. Gerade bei Dienstverträgen mit Gesellschaftern ist die Gefahr zu groß, daß im nachhinein über "angebliche" Dienstverträge sich die Gesellschafter ihrer Haftung entziehen wollen.

d) Zweifel an der grundsätzlichen Zulässigkeit der
Nennwertaufrechnung im Gesellschaftskonkurs

Die Bedeutung des Nennwertprinzips für die Aufrechnung im Gesellschaftskonkurs ist offenbar:

Aus einer Forderung des Kommanditisten gegen die insolvente KG, deren wirtschaftlicher Wert nur noch in Höhe der zu erwartenden Konkursdividende besteht, wird durch die Möglichkeit der Aufrechnung zum Nennwert eine vollwertige Forderung.

Diese Möglichkeit hat der Gesetzgeber einem "normalen" Konkursgläubiger durch die Regelungen der §§ 53 ff KO und 387 ff BGB als besonderes Gläubigerprivileg zugestanden. Bei diesem "normalen" Konkursgläubiger muß jedoch die Gegenseitigkeit gem. § 387 BGB unter den verschärften Voraussetzungen des § 55 KO gegeben sein. Wie oben dargestellt, fehlt es bei der Aufrechnung gegen die Inanspruchnahme aus § 171 Abs. 2 HGB gerade an der Gegenseitigkeit.

225) vergl. K. Schmidt, S. 59, 60 Fußn. 38 unter Bezug auf OLG Celle, in OLGZ 1973, 343 m.w.N.

Jedoch wird hier die entsprechende Anwendung von § 387 BGB aus gesellschaftsrechtlichen Interessenwertungen gerechtfertigt. Das Erfordernis der gesellschaftsrechtlichen Legitimation der Konkursaufrechnung führt dann aber im Ergebnis - praktisch im "nächsten Schritt" - zu zahlreichen Durchbrechungen des Nennwertprinzips aus gesellschaftsrechtlichen Erwägungen. 226)

In diesem Zusammenhang sei noch auf eine weitere Durchbrechung des Nennwertprinzips hingewiesen, die sich nach der BGH Rechtsprechung für Sanierungsgründungen ergibt. Häufig wird versucht, notleidende Gesellschaften in der Weise zu retten, daß Gesellschaftsgläubiger unter wirtschaftlichem Verzicht auf ihre Forderung als Gesellschafter in die Gesellschaft eintreten, bzw. so eine Gesellschaftsneugründung vornehmen, ohne dabei weitere Barmittel oder andere Vermögensgegenstände zur Verfügung stellen zu müssen. Dieser Forderungsverzicht - beispielsweise einer Lieferantenforderung - erfolgt durch Aufrechnung mit der eigenen Forderung gegen die neue übernommene Einlageverpflichtung. Die Gesellschaft wird dadurch von Verbindlichkeiten entlastet und der Gläubiger gewinnt als Gesellschafter möglicherweise Einfluß auf die Geschäftsführung und hat, falls die Sanierung gelingt, Aussicht auf eine Gewinnauszahlung, während auf der anderen Seite seine Forderung gegen die notleidende Gesellschaft ohnehin annähernd wertlos gewesen ist.

Der BGH hatte Gelegenheit über Aufrechnung zu Sanierungszwecken in einem Fall zu entscheiden, bei dem das notleidende Unternehmen eine GmbH war. 227)

226) vergl. oben V, 2 a - 2 c; RGZ 63, 265 ff
BGHZ 58, 72 ff; BGH in WM, 1005;
BGH in NJW 76, 418, 419

227) BGHZ 61, 59 70 ff

Die Gläubiger gründeten hier eine GmbH & Co KG, deren Komplementär die alte GmbH werden sollte. Die Einlageleistung erbrachten sie derart, daß sie mit Forderungen aufrechneten, die gegen die ursprüngliche GmbH gerichtet waren. Die werdende KG war nach dem Gesellschaftsvertrag verpflichtet, die Verbindlichkeiten der GmbH als eigene zu übernehmen.

Der BGH lehnte hier die Nennwertaufrechnung ab. 228)

Unter Berufung auf BGHZ 51, 391 hielt er zwar eine Nennwertaufrechnung als haftungsbefreiend nach § 171 Abs. 1 HGB dann für zulässig, wenn die Forderung, mit der aufgerechnet wird, aus Geschäften mit der Gesellschaft stammen, der der Gläubiger beigetreten sei.

Denn hier sei die Verbindlichkeit unmittelbar zu Lasten des Gesellschaftsvermögens entstanden. Etwas anderes gelte aber dann, wenn die neue Gesellschaft, wie im zu beurteilenden Sachverhalt, Altschulden eines anderen Gesellschafters - der GmbH - übernehme. Diese Altschuldenbefreiung in der neuen Gesellschaft könne nur zu deren, beim Gläubiger ausgewiesenen, tatsächlichen wirtschaftlichen Wert erfolgen. Denn die für den Gläubiger zunächst wertlose Forderung könne nicht plötzlich durch gesellschaftsvertragliche Vereinbarung zu einer vollwertigen Forderung werden. Der Kommanditist führe bei dieser Aufrechnung der Gesellschaft insoweit keinen echten Vermögenswert zu. 229)

Diese Entscheidung ist auf scharfe Kritik gestoßen. 230)

Dem BGH wird hier Inkonsequenz vorgeworfen. Nach dem Wortlaut von BGHZ 61, 59, 70 ff könne ein Gläubiger, der einer bereits bestehenden GmbH & Co KG zu Sanierungszwecken beitrete, seine Einlageleistung durch Nennwertaufrechnung mit einer gegen die GmbH & Co KG bestehenden Forderung erbringen.

228) vergl. BGHZ 61, 71

229) vergl. BGHZ 61, 71

230) vergl. Teichmann u. Schick JUS 1975, S. 23, 24, Haftung bei einer als KG auftretenden BGB-Gesellschaft

Für den Fall aber, daß der Gläubiger einer ebenfalls zu Sanierungszwecken neu gegründeten GmbH & Co KG beitrete, sei ihm die Nennwertaufrechnung mit einer ursprünglich gegen die GmbH gerichteten Forderung verwehrt. Obwohl im letzteren Fall wirtschaftlich das gleiche vorliege, werde hier völlig zu Unrecht die Einlageleistung nicht anerkannt.

K. Schmidt ²³¹ schließt sich dieser Kritik an, führt aber aus, daß ein solches, bei einer buchstabengetreuen Anwendung der BGH-Entscheidung erzieltetes Ergebnis, von diesem vernünftigerweise nicht gewollt sein kann. Man darf daher wohl annehmen, daß hier lediglich ein Redaktionsversehen vorliegt. Dagegen bezieht Westermann einen klaren Standpunkt. ²³²⁾ Nach diesem soll bei Gesellschaftsbeteiligungen oder Gründungen zu Sanierungszwecken eine Forderung immer nur zu ihrem wirklichen Wert, also nach Sacheinlagegrundsätzen, eingebracht werden können, und zwar unabhängig davon, ob mittelbar durch Aufrechnung oder unmittelbar, und weiter unabhängig davon, wann und wodurch diese Forderung entstanden sei.

Die Ansicht Westermanns stützt sich auf die Geßlers ²³³⁾, welche wiederum auf RGZ 63, 265, 267 ff basiert. Das Reichsgericht hatte in der bereits oben vorgestellten Entscheidung auch noch ausgeführt, daß der Beklagte, der zunächst als stiller Gesellschafter eine Forderung gegen einen Einzelkaufmann hatte, mit dem er dann die später insolvente KG gründete - wobei diese die Aktiva und Passiva des Einzelunternehmens übernahm und der Beklagte insoweit KG-Einlage leistete, als er auf die Rückforderung dieser Ansprüche verzichtete - nur insoweit eine haftungsbefreiende Einlage geleistet habe, als bei Übernahme der Einzelfirma durch die KG der Wert der Aktiven der ersteren mindestens den Wert der Passiven erreicht haben mußte. ²³⁴⁾

231) a.a.O. S. 55

232) vergl. Westermann, Personengesellschaften, Rdz.923

233) vergl. Schlegelberger/Geßler § 171 Anm.15

234) RGZ 63, 268

Gegen dieses Abrücken des Reichsgerichts vom Nennwertprinzip bei Sanierungsgründungen wandte sich insbesondere Flechtheim und ihm folgend Ritter. 235)

Flechtheim führt zur Begründung seiner Auffassung aus, daß es für die Zulässigkeit der Aufrechnung allein auf die Entlastung des Gesellschaftsvermögens von einer Verbindlichkeit, nicht aber auf deren besonderen Charakter ankomme. Im übrigen sei die vom Reichsgericht eingeführte Einschränkung des Nennwertprinzipes praktisch undurchführbar.

Wie oben ausgeführt, hat sich Flechtheims Ansicht jedoch nicht durchgesetzt. Im Gegenteil - es haben sich in der Zwischenzeit in der Literatur die Stimmen gemehrt, die die Zulässigkeit der Nennwertaufrechnung im Gesellschaftskontkurs gegen Haftsummenansprüche grundsätzlich ablehnen. 236)

K. Schmidt, der die Einlageleistung durch Aufrechnung als "potentiell unseriös" bezeichnet 237), hat herausgestellt, daß es bei der Beurteilung der Einlageleistung gem. § 171 Abs. 1, 2. Halbs. HGB durch Aufrechnung nicht nur um die Frage der Vermeidung eines bloßen Hin und Her der Leistungen gehe, sondern zugleich um die Frage, ob einer solchen Aufrechnung auch dann noch haftungsbefreiende Wirkung zuerkannt werden kann, wenn aufgrund der Funktion der Aufrechnung als Vollstreckungssurrogat aus einer schlechten Forderung eine gute wird. 238)

Den aufgezeigten Konflikt zwischen Kapitalaufbringungsgrundsatz und Aufrechnungswirkung will K. Schmidt in Anlehnung an die Untersuchungen von Wiedemann und aufgrund der oben dargestellten zahlreichen Durchbrechungen des Nennwertprinzipes dadurch lösen, daß er der haftungsbefreienden Aufrechnung zum Forderungsnennwert - im Gegensatz zur

235) vergl. Flechtheim, § 171 Anm. 11, S. 1129; Ritter, § 171, Anm. 3 c

236) vergl. Wiedemann, a.a.O., S. 1042 ff; Keuk, a.a.O. S. 434; K. Schmidt, S. 49-51

237) K. Schmidt, S. 56

238) K. Schmidt, S. 48, 49

noch h. M. - grundsätzlich die Anerkennung versagen, sie aber in Ausnahmefällen, soweit ein Konflikt mit dem Gläubigerschutz im Einzelfall nicht besteht, zulassen will.²³⁹⁾ Solche Ausnahmefälle sollen beispielsweise da gegeben sein, wo eine Methode der Haftungsbefreiung durch eine andere ersetzt wird. Als einen solchen Fall sieht K. Schmidt die Aufrechnung des Kommanditisten nach Gläubigerbefriedigung vor Konkurseröffnung an. K. Schmidt führt hier das Beispiel eines Regreßanspruchs eines Kommanditisten gegen die KG an, der bei einer Liquiditätsklemme der KG von einem Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommen worden ist. Der Regreßanspruch erreiche wegen der Liquiditätsklemme nicht den wirtschaftlichen Wert, der seinem Nennwert entspreche. Trotzdem könne der Kommanditist zum Nennwert aufrechnen, denn hierdurch ersetze er nur einen haftungsbefreienden Tatbestand - den der Gläubigerbefriedigung - durch einen anderen - den der Einlageleistung.²⁴⁰⁾ Die Aufrechnung soll aber nur gegenüber dem Anspruch auf die Pflichteinlage zulässig sein, da eine Aufrechnung mit dem Regreßanspruch gegen die Haftsummenforderung die haftungsbefreiende Wirkung der bereits erbrachten Gläubigerbefriedigung wieder beseitige.²⁴¹⁾ Damit findet der angeführte Ausnahmefall der nach K. Schmidt zulässigen Nennwertaufrechnung für die hier zu untersuchende Frage der Aufrechnung gegen den Anspruch aus § 171 Abs. 2 HGB ohnehin keine Anwendung.

Einem weitgehenden, grundsätzlichen Verbot der Nennwertaufrechnung läßt sich für den Fall der "reinen" KG entgegenhalten, daß nach dem System des HGB das wesentliche Element des Gläubigerschutzes - der hier zur Begründung der Unzulässigkeit der Nennwertaufrechnung herangezogen wird - darin

239) K. Schmidt, S. 51

240) K. Schmidt, S. 51

241) oben V, 2 b; K. Schmidt, S. 163

liegt, daß, wie bei der OHG, ein persönlich haftender Gesellschafter als natürliche Person existiert, die mit ihrer wirtschaftlichen Existenz für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet. 242)

Bei dieser gesetzestypischen Situation muß die Bedeutung des Gläubigerschutzes im Zusammenhang mit der Leistung auf die Haftsumme geringer bewertet werden, als das bei den Ansprüchen auf ausstehende Gesellschaftereinlagen bei Kapitalgesellschaften der Fall ist, wo der Gläubigerschutz weitgehend die Aufrechnung grundsätzlich verbietet. Letzteres hat seinen gesetzlichen Niederschlag beispielsweise in den Vorschriften der §§ 19 Abs. 2 GmbHG; 60 Abs. 1, 219 AktG und 22 Abs. 3 GenG gefunden. Die Argumentation mit der geringeren Bedeutung des Gläubigerschutzes betreffend die haftungsbefreienden Leistungen eines Kommanditisten, aus der sich - im Gegensatz zum Recht der Kapitalgesellschaften - die Zulässigkeit der Nennwertaufrechnung begründen ließe, muß aber dann versagen, wenn keine gesetzestypische KG, sondern eine GmbH & Co KG gegeben ist. 243)

Zumindest läßt sich als Zwischenergebnis festhalten, daß die h. M. im Gesellschaftskonkurs trotz grundsätzlicher Befürwortung der Nennwertaufrechnung diese im Ergebnis aus Gründen der Kapitalaufbringung doch in vielen Bereichen, wie die oben dargestellte Kasuistik zeigt, nicht mehr zuläßt. Damit wird die wirtschaftliche Bedeutung der Aufrechnung als haftungsbefreiende Einlageleistung stark reduziert. Für die Fälle, in denen die Gegenforderung nur noch in Höhe der zu erwartenden Konkursdividende bewertet werden kann, wird die wirtschaftliche Bedeutung der Konkursaufrechnung nahezu völlig aufgehoben. Nach der im Vordringen befindlichen Mindermeinung, nach der ohnehin nur in Ausnahmefällen die Nennwertaufrechnung zulässig sein soll, ist der wirtschaftliche Wert der Konkursaufrechnung noch geringer zu veranschlagen.

242) vergl. unten V, 2 f aa)

243) vergl. unten V, 2 f cc)

e) Drittgläubiger - oder Sozialforderungen des
ausgeschiedenen Kommanditisten

Nach ganz h. A. wird hier die Aufrechnungsmöglichkeit des Ausgeschiedenen konsequent mangels Gegenseitigkeit abgelehnt. Eine abweichende Ansicht vertritt, soweit ersichtlich, nur K. Schmidt.²⁴⁴⁾ Letzterer sieht bereits in der Tatsache des Ausscheidens selbst eine Einlagenrückgewähr und will konsequenterweise zur Abwendung der sich daraus ergebenden Haftung die Aufrechnung zulassen. Schmidt will jedoch die Konkursaufrechnung nicht zum Nennwert zulassen, sondern durch eine solche Aufrechnung der Masse lediglich das zuführen, was der Kommanditist aus ihr bekommen hätte, wenn er seine Forderung als Konkursgläubiger hätte geltend machen können und nicht durch Aufrechnung verbraucht hätte. Dieser Betrag sei dann den Altgläubigern zuzuführen.²⁴⁵⁾

Da Schmidt hier die Nennwertaufrechnung ablehnt, kann ihr, wie oben in V 2. d) dargestellt, mit Rücksicht auf die üblichen Konkursdividenden auch nur eine minimale wirtschaftliche Bedeutung zukommen.

Im Ergebnis ist auch hier festzuhalten, daß nach ganz überwiegender Auffassung die Aufrechnung eine ausgeschiedenen Kommanditisten gegen die Inanspruchnahme aus § 171 Abs. 2 HGB abgelehnt wird. Der die Aufrechnung modifiziert zulassenden Auffassung von K. Schmidt kommt wirtschaftlich keine Bedeutung zu.

244) K. Schmidt, S. 159, 160, 162, vergl. auch oben I, 3 b), bb, Fn. 85

245) K. Schmidt, S. 162

f) Zulässigkeit der Konkursaufrechnung bei der
GmbH & Co KG

Literatur und Rechtsprechung haben, soweit ersichtlich, Erwägungen darüber, ob bei der kapitalistischen KG, der GmbH & Co KG, aus Gründen des Gläubigerschutzes bei einer Aufrechnung anders zu verfahren sei als bei der reinen KG, noch nicht angestellt. Dies obwohl, im Gegensatz zu BGHZ 58, 72 ff, bei den späteren Entscheidungen des BGH zur Konkursaufrechnung jeweils die Gemeinschuldnerin in der Rechtsform der GmbH & Co KG ausgestaltet war.²⁴⁶⁾ Eine solche Gleichbehandlung der GmbH & Co KG hinsichtlich der Aufrechnung mit der reinen KG könnte jedoch den höheren Anforderungen an den Gläubigerschutz bei der GmbH & Co KG nicht im genügenden Maße Rechnung tragen. Vor der Auseinandersetzung mit dieser Frage sollen zunächst einmal kurz die unterschiedlichen Systeme des Gläubigerschutzes bei KG und GmbH aufgezeigt werden.

aa) Gläubigerschutz bei KG und GmbH

Bei der KG beruht der Gläubigerschutz im gesetzestypischen Fall der ausschließlich von natürlichen Personen getragenen Gesellschaft im wesentlichen auf der dauernden unbeschränkten Haftung des Komplementärs, verbunden mit seinem Recht zur Geschäftsführung und Vertretung, §§ 161 Abs. 1, 164 und 170 HGB.

Nach der durch Erfahrung bestätigten Auffassung des Gesetzgebers funktioniert dieser Gläubigerschutz gleichsam von selbst; denn ein der unbeschränkten persönlichen Haftung ausgesetzter Gesellschafter wird im eigenen Interesse und damit notwendigerweise zugleich zum Vorteil der Gesellschaftsgläubiger nur solche Geschäfte tätigen,

246) vergl. BGH in WM 74, 1004 - 5; WM 76, 107

Verbindlichkeiten eingehen oder Zahlungen leisten, die seine private Existenz nicht gefährden. ²⁴⁷⁾

Diese Haftung erlaubt es, die Gesellschaft selbst bei Überschuldung weiter zu betreiben, ohne daß ein Konkursantrag erforderlich wäre. Auch ist deshalb kein über die reine Kommanditistenhaftung gem. §§ 171 ff HGB hinausgehender Gläubigerschutz erforderlich. ²⁴⁸⁾

Anders ist es dagegen bei den Kapitalgesellschaften, wie es hier am Beispiel der GmbH dargestellt werden soll. Hier beruht der Gläubigerschutz, da kein persönlich haftender Gesellschafter vorhanden ist, auf der Existenz von Vorschriften, die sicherstellen sollen, daß die Gläubiger die zu ihrer Befriedigung erforderlichen Mittel jederzeit im Gesellschaftsvermögen vorfinden. So verlangt das GmbHG von den Gesellschaftern, daß sie die GmbH mit einem bestimmten Mindestkapital ausstatten und verbietet es, diesen Vermögensgrundstock durch Rückzahlung in seinem Bestande zu beeinträchtigen. Ausfluß dieses strengen Prinzips der Kapitalerhaltung ist die Regelung des § 19 Abs. 2 GmbHG, die eine einseitige Aufrechnung eines Gesellschafters gegen die Einlageforderung der GmbH grundsätzlich verbietet. ²⁴⁹⁾ Dagegen ist die gegenseitige Vertragsaufrechnung oder einseitige Aufrechnung durch die Gesellschaft selbst dann zulässig, wenn die Gegenforderung des Gesellschafters vollwertig ist. Das ist jedoch bei Illiquidität der GmbH nicht der Fall. Daher ist im Gesellschaftskonkurs jede Aufrechnung untersagt. ²⁵⁰⁾

247) vergl. Hunscha, Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG auf Zahlungen der GmbH & Co KG an ihre Kommanditisten, GmbH-Rdsch. 73, S. 260

248) BGHZ 60, 324, 332

249) vergl. Scholz/Winter, § 19, Anm. 8

250) ganz h.M., vergl. Scholz/Winter, § 19, Anm. 14, 15, 16 m.w.N.

Dieses Aufrechnungsverbot gilt weiter auch für die Gesellschafterhaftung für fremde Stammeinlagen gem. § 24 GmbHG.²⁵¹⁾ Eine Ausnahme von den oben dargelegten strengen Grundsätzen bildet nur die Regelung des § 19 Abs. 3 GmbHG. Hiernach ist bei Sachübernahmen, die gem. §§ 5 Abs. 4, 55 Abs. 1, 56 Abs. 1 GmbHG im notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag festgelegt und genau bezeichnet sein müssen, die Aufrechnung zulässig.

Ergänzt wird das System der Kapitalaufbringung durch das Prinzip der Erhaltung des Stammkapitals gem. §§ 30, 31 GmbHG. Hiernach hat ein Gesellschafter Leistungen, die das Stammkapital angreifen, zurückzugewähren. Seit dem Lufttaxi-Fall des BGH²⁵²⁾ ist diese Haftung auch auf kapitalersetzende Gesellschafterdarlehen erweitert und hat in den neuen §§ 32 a, 32 b GmbHG, die ab 1.1.1981 inkrafttreten, ihren gesetzgeberischen Niederschlag gefunden. Gegen die Ansprüche der GmbH aus § 31 Abs. 1-3 GmbHG ist allerdings die Aufrechnung statthaft.²⁵³⁾ Jedoch ist auch hier die Aufrechnung zumindest immer nur dann zulässig, wenn die hingegebenen Tilgungswerte vollwertig sind.²⁵⁴⁾ Das ist jedoch unzweifelhaft dann nicht der Fall, wenn die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung selbst überschuldet ist.²⁵⁵⁾ Damit ist im Gesellschaftskonkurs eine einseitige Aufrechnung gegen die Inanspruchnahme aus §§ 30, 31 GmbHG grundsätzlich ausgeschlossen.

Weiter flankiert wird der Gläubigerschutz durch die schon bei Überschuldung gem. § 64 GmbHG gegebene Konkursantragspflicht.

251) umstr., aber h.M., vergl. Scholz/Winter, § 19, Anm. 14, S. 258, § 24, Anm. 15, m.w.N.

252) BGHZ 31, 258

253) nicht ganz unstr., vergl. Hachenburg/Goerdeler/Müller § 31, Anm. 31 m.w.N.

254) Hachenburg/Goerdeler/Müller, a.a.O. m.w.N.

255) h.M., vergl. Hachenburg/Ulmer, § 19, An. 40; Scholz/Winter § 19, Anm. 15, 16

Da nun bei der GmbH & Co KG der persönlich haftende Gesellschafter durch eine nur mit ihrem Kapital und damit im Ergebnis beschränkt haftende GmbH ersetzt worden ist, haben Literatur und Rechtsprechung wegen des Fortfalls der "Bremserfunktion" des persönlich haftenden Gesellschafters²⁵⁶⁾ die GmbH & Co KG haftungsrechtlich schon weitgehend einer GmbH gleichgestellt, wie es im folgenden kurz aufgezeigt wird.

bb) Darstellung der Bereiche, in denen das Recht der GmbH bereits bei der GmbH & Co KG Anwendung findet

Spätestens seit der Entscheidung des BGH in Band 60, 324 ff besteht Einigkeit darüber, daß für den Fall, bei dem durch Zahlungen aus der GmbH & Co KG an einen Gesellschafter, das Stammkapital der GmbH vermindert wird, der GmbH & Co KG ein Anspruch aus §§ 30, 31 GmbHG auf Rückzahlung zusteht.²⁵⁷⁾ Entsprechendes gilt auch dann, wenn die GmbH bei der Zuwendung bereits überschuldet war.²⁵⁸⁾

Das Interessante an diesem Anspruch ist, daß er somit von der Höhe des GmbH-Stammkapitals oder der Haftungsbeschränkung des § 171 HGB unabhängig ist. Zwar greift das Auszahlungsverbot erst ein, wenn das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen angegriffen wird. Ist aber das GmbH-Vermögen einmal angegriffen - dies dürfte bei Krisensituationen die Regel sein -, ist jede die GmbH belastende Auszahlung aus GmbH- oder KG-Vermögen ohne summenmäßige Begrenzung rückforderbar.²⁵⁹⁾

256) BGHZ 60, 324, 332

257) vergl. Mentzel/Kuhn, § 209, Anm. 22, S. 746 ff; Hunscha, a.a.O. S. 257 ff; Hachenburg/Goerdeler/Müller, § 30 Anm. 59, 60

258) BGHZ 60, 324, 331 ff

259) vergl. K. Schmidt, S. 38

Für die Ansprüche der GmbH & Co KG aus §§ 30, 31 GmbHG spielt es auch keine Rolle, ob die GmbH mit einer Vermögens-einlage an der KG beteiligt ist, oder aber ob sich ihre gesellschaftsvertragliche Beteiligung lediglich auf die bloße Übernahme der unbeschränkten Haftung erstreckt. Denn auch im letztern Fall ist bei Illiquidität der KG bei der GmbH eine das Stammkapital angreifende Rückstellung zu bilden, dies mit Rücksicht auf ihre übernommene Haftung.²⁶⁰⁾

Nach bisheriger Rechtsprechung war es so, daß der begünstigte Gesellschafter sowohl an der GmbH als auch an der KG beteiligt war, so daß die §§ 30, 31 GmbHG unmittelbare Anwendung fanden.²⁶¹⁾

Aufgrund der Überlegungen von Hunscha²⁶²⁾ sollen die §§ 30, 31 GmbHG auch dann entsprechend anwendbar sein, wenn der begünstigte Gesellschafter nur der KG angehört. Dies habe seine Berechtigung darin, daß die GmbH & Co KG haftungsrechtlich zu einer Kapitalgesellschaft geworden sei. Diese bemerkenswerte Weiterentwicklung scheint auch in der Rechtsprechung nicht ausgeschlossen zu sein.²⁶³⁾ Seit BGHZ 67, 171 ff sind die §§ 30, 31 GmbHG bei der GmbH & Co KG auch auf die oben unter aa) aufgezeigten Unterkapitalisierungsgrundsätze anzuwenden. Entschieden wurde hier für den Fall eines kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens sowie für den Fall der mittelbaren Darlehensgewährung durch Bürgschaftsübernahme durch einen Gesellschafter.²⁶⁴⁾

260) BGHZ 60, 324, 329

261) vergl. BGHZ 60, 324 ff; BGHZ 67, 171 ff

262) vergl. a.a.O. S. 260

263) vergl. K. Schmidt, S. 39, der auf eine entsprechende Äußerung des Vorsitzenden des II. Zivilsenats des BGH Bezug nimmt

264) vergl. auch Hesselmann, Einlagen der Gesellschafter einer GmbH & Co, GmbH-Rdsch. 79, S. 151

Erwägungen, die Grundsätze der Unterkapitalisierung der GmbH auf die GmbH & Co KG auszuweiten, hat zwischenzeitlich auch schon der Gesetzgeber angestellt. Diese Überlegungen haben nunmehr mit der Reform des GmbHG durch die Schaffung des neuen § 172 a HGB, der eine entsprechende Anwendung der neuen §§ 32a, 32b GmbHG auch für eine GmbH & Co KG vorsieht, ihren Niederschlag gefunden. 265)

Ein weiterer Ausfluß des Gläubigerschutzes bei der GmbH & Co KG ist die mit strafrechtlichen Sanktionen bedrohte gesetzliche Konkursantragspflicht gem. §§ 177 a, 130 a, 130 b HGB. In Anlehnung an § 64 GmbHG besteht nun auch für die GmbH & Co KG, nicht aber für die reine KG, die Konkursantragspflicht für den Fall der Überschuldung.

cc) Anwendung des GmbH Rechts auch bezüglich der Aufrechnung gegen den Anspruch aus § 171 Abs. 2 HGB bei der GmbH & Co KG

Aus dem oben unter aa), bb) Dargestellten läßt sich entnehmen, daß Rechtsprechung, Gesetzgebung und Literatur bestrebt sind, haftungsrechtlich der Sonderstellung der GmbH & Co KG als defacto Kapitalgesellschaft Rechnung zu tragen. Dieses wird zu Recht als notwendig erachtet, obwohl die "Freiheit der KG" dadurch in einer dem KG-Recht unbekannten Weise eingeschränkt wird. 266)

Daher ist es nur konsequent, das Recht der GmbH auch in Bezug auf die Konkursaufrechnung anzuwenden, denn die Beschränkungen der Aufrechnungsmöglichkeiten im GmbH-Recht dienen ebenso wie die Vorschriften der §§ 30, 31 GmbHG der für einen wirksamen Gläubigerschutz bei einer Kapitalgesellschaft notwendigen Kapitalerhaltung.

265) die Vorschrift tritt nunmehr ab 1.1.1981 inkraft, vergl. dazu Gersch/Herget/Marsch/Stützle, GmbH-Reform 1980, Anm. 372 ff m.w.N.

266) Hunscha, a.a.O. S. 260

Dies würde zunächst bedeuten, daß der Kommanditist der GmbH & Co KG, der vom Konkursverwalter, welcher dazu legitimiert ist ²⁶⁷⁾, aus den §§ 30, 31 GmbHG in Anspruch genommen wird, gegen diese Inanspruchnahme nicht mit einer ihm gegen die Gesellschaft zustehenden Forderung aufrechnen darf, da diese Aufrechnung mangels Vollwertigkeit der Gegenforderung, beruhend auf dem Gesellschaftskonkurs, nicht zulässig ist. ²⁶⁸⁾

Da bei der GmbH & Co KG der Konkursverwalter neben den §§ 30, 31 GmbHG gegen den Kommanditisten zugleich auch mit dem "schwächeren Anspruch" aus § 171 Abs. 2 HGB gegen diesen vorgehen kann ²⁶⁹⁾, wäre hinsichtlich des letzteren Anspruchs, der ja vom Konkursverwalter treuhänderisch für die Gläubiger ausgeübt wird, im Rahmen der nach KG-Recht zulässigen Grenzen eine Aufrechnung denkbar. Dieses würde dem Kommanditisten allerdings im Ergebnis wenig nützen, da ihm, wie oben aufgezeigt, die Aufrechnung gegen die parallele Inanspruchnahme aus den §§ 30, 31 GmbHG verwehrt ist.

Für den Fall der parallelen Anwendbarkeit von §§ 30, 31 GmbHG und § 171 Abs. 2 HGB, der wohl bei Insolvenzen von GmbH & Co KGs in der Praxis überwiegen dürfte, wäre es für den Kommanditisten im Ergebnis keine Beeinträchtigung, wenn man ihm in konsequenter Anwendung des GmbH-Rechts die in ihrer Wirkung effektlose Aufrechnung gegen den Anspruch aus § 171 Abs. 2 HGB verwehren würde. Lediglich für den wohl seltenen Fall, daß eine gleichzeitige Inanspruchnahme aus §§ 30, 31 GmbHG nicht in Betracht kommt, sondern nur eine solche aus § 171 Abs. 2 HGB, würde das Aufrechnungsverbot im Konkursfalle den Kommanditisten belasten. Eine solche Beeinträchtigung muß aber jeder Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft hinnehmen, der seine Einlage noch nicht voll erbracht hat.

267) Mentzel/Kuhn § 209, Anm. 22 d) S. 747

268) Hachenburg/Ulmer, § 19, Anm. 40

269) BGHZ 60, 324, 327; Hunscha a.a.O., S.263

Da nun, wie oben mehrfach aufgezeigt, die GmbH & Co KG haftungsrechtlich zu einer Kapitalgesellschaft geworden ist, mit der Konsequenz, daß das GmbH-Recht überall dort Anwendung findet, wo der Gläubigerschutz es mit Rücksicht auf den Verlust eines Komplementärs als natürliche Person gebietet, nämlich in allen Fällen der Kapitalerhaltung und Sicherung, erscheint es unumgänglich, aus Gründen der Kapitalerhaltung im Konkursfalle die Aufrechnung mit einer nicht vollwertigen Forderung gegenüber dem Anspruch aus § 171 Abs. 2 HGB zu untersagen.

Damit wäre eine weitere Haftungslücke im Recht der GmbH & Co KG geschlossen und das Mißtrauen in diese z. Zt. im Hinblick auf die Vermögensbesteuerung noch für viele kleine und mittlere Unternehmen notwendige Rechtsform könnte um einen weiteren Schritt abgebaut werden.

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß gesellschaftsrechtlich bei der GmbH & Co KG wegen des hier zur Anwendung kommenden GmbH-Rechts eine Konkursaufrechnung gegen die Inanspruchnahme aus § 171 Abs. 2 HGB entgegen der Auffassung des BGH in WM 74, 1004-5; WM 76, 107 nicht zulässig sein kann.

g) Ergebnis

Die Untersuchungen a - f haben gezeigt, daß dem Kommanditisten vielfach schon aus gesellschaftsrechtlichen Gründen eine Konkursaufrechnung gegen die Inanspruchnahme aus § 171 Abs. 2 HGB verwehrt sein muß. Die wenigen Fälle, in denen eine Aufrechnung zugelassen wird, sind dagegen auch gesellschaftsrechtlich umstritten. Besonders im Hinblick auf die oben unter V, 2 f angestellten Überlegungen zur eingeschränkten Zulässigkeit der Nennwertaufrechnung ist auch die wirtschaftliche Bedeutung der Konkursaufrechnung zum Teil nur noch sehr gering.

Von einer Interessenlage, die es gebiete, die Aufrechnung auch im Konkurs zuzulassen, kann daher entgegen BGHZ 58, 72 ff nicht die Rede sein. Im Hinblick auf die angestellten gesellschaftsrechtlichen Überlegungen erscheint zumindest für den Fall der GmbH & Co KG das genaue Gegenteil zutreffend.

Daher ist es nicht gerechtfertigt, in der Regelung des § 387 BGB eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes anzunehmen, eine Regelungslücke, die es zu schließen gelte. Eine solche entsprechende Anwendung des § 387 BGB ist vielmehr erst geeignet, im Falle der Konkursaufrechnung gesellschaftsrechtliche Probleme hervorzurufen, die bei grundsätzlicher Unzulässigkeit der Aufrechnung gegen den Anspruch des § 171 Abs. 2 HGB nicht auftreten würden.

Der BGH hätte daher besser entschieden, in konsequenter Anwendung von § 387 BGB im Gesellschaftskonkurs wegen fehlender Gegenseitigkeit dem Kommanditisten grundsätzlich die Aufrechnung gegen die Inanspruchnahme aus § 171 Abs. 2 HGB zu versagen.

Lediglich in wenigen Ausnahmefällen, wie sie in der oben unter V 2. a) dargestellten Fallgruppe für die Rechtsform der reinen KG denkbar sein könnten, wäre unter Heranziehung der von der BGH Rechtsprechung zu den Kriegsgesellschaften entwickelten Grundsätzen (vergl. oben V, 1. c), aa) im Einzelfall daran zu denken, daß die Berufung auf die fehlende Gegenseitigkeit durch den Konkursverwalter gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen könnte. Die letztere Möglichkeit muß jedoch dann auch in Zweifel gezogen werden, wenn man, wie Kaduk²⁷⁰⁾, in dieser Rechtsprechung den Schwerpunkt eher in einem gesellschaftsrechtlichen Haftungsdurchgriff als in dem Verzicht auf das

270) vergl. Staudinger, Bd. II, § 387, Anm. 38

Erfordernis der Gegenseitigkeit sieht. Da die Forderungen des Kommanditisten an die KG mit einem Haftungsdurchgriff nichts gemein haben, ist es Kaduks Ansicht zur BGH-Rechtsprechung bei den Kriegsgesellschaften folgend nur konsequent, die Aufrechnung auch in Ausnahmefällen unter Berufung auf die fehlende Gegenseitigkeit für unzulässig zu halten.

VI. Zusammenfassung

Die Untersuchungen oben I, II haben gezeigt, daß Gläubiger der Haftsumme die Gesellschaftsgläubiger unmittelbar sind und daß sich daran auch im Konkurs nichts ändert. Wie in III herausgearbeitet worden ist, kann § 171 Abs. 2 HGB auch nicht als *cessio legis* angesehen werden. Damit steht fest, daß bei einer Aufrechnung eines aus § 171 HGB in Anspruch genommenen Kommanditisten mit einer ihm gegen die KG zustehenden Forderung Gegenseitigkeit im Sinne des § 387 BGB nicht gegeben ist.

Das Ergebnis der Untersuchungen oben V, 1. war weiterhin, daß mangels einer Regelungsbedürftigkeit die Vorschrift des § 387 BGB auch für die Aufrechnung gegen die Inanspruchnahme aus § 171 Abs. 1 HGB durch Gesellschaftsgläubiger außerhalb des Konkurses nicht entsprechend anwendbar ist. Die für die entsprechende Anwendung des § 387 BGB vom BGH und in der Literatur von Leven unternommenen Begründungsversuche sind nicht überzeugend. Das bedeutet aber im Ergebnis nicht, daß der Kommanditist bei einer Inanspruchnahme aus § 171 Abs. 1 HGB grundsätzlich gehindert ist, mit einer Forderung gegen die Gesellschaft aufzurechnen. Diese Aufrechnung kann jedoch nur im Verhältnis Kommanditist - Gesellschaft erfolgen, die nach allerdings hier angezweifelter h. M. auch dann möglich sein soll, wenn der Kommanditist der Gesellschaft im Innenverhältnis nichts mehr schuldet. Für diese Situation ist immer die unmittelbare Gegenseitigkeit gem. § 387 BGB gegeben. Mit vollzogener Aufrechnung kann der Kommanditist dann den ihn in Anspruch nehmenden Gesellschaftsgläubigern entgegenhalten, daß er gegenüber der Gesellschaft durch Aufrechnung haftungsbefreiende Einlage geleistet habe und daher nicht mehr auf die Haftsumme in Anspruch genommen werden könne.

Diese Einwendung ist jedoch keine Aufrechnung im Verhältnis Kommanditist - Gesellschaftsgläubiger.

Eine entsprechende Anwendung von § 387 BGB ist mangels Vorliegen einer Regelungslücke durch die Interessenlage auch im Gesellschaftskonkurs nicht geboten und damit unzulässig. Hier ist die haftungsbefreiende Aufrechnung vielfach schon aus gesellschaftsrechtlichen Gründen entweder überhaupt nicht oder aber vielfach nicht zum Nennwert zulässig, wie die Untersuchungen oben V 2. gezeigt haben. Zumindest für die ausgeschiedenen Gesellschafter ist wegen der unterschiedlichen Gläubigerkreise und für die GmbH & Co KG wegen des dort zur Anwendung gelangenden GmbH-Rechts die Aufrechnung in jedem Falle abzulehnen.

Da darüber hinaus auch in den restlichen Fällen die Konkursaufrechnung schon rein gesellschaftsrechtlich umstritten ist, kann eine verdeckte Regelungslücke des § 387 BGB nicht angenommen werden, mit dem Ergebnis, daß die Aufrechnung gegen den Anspruch aus § 171 Abs. 2 HGB mangels Gegenseitigkeit grundsätzlich abzulehnen ist.

Um krasse Unbilligkeiten zu vermeiden könnten in wenigen Ausnahmefällen die Grundsätze der BGH-Rechtsprechung zur Gegenseitigkeit bei der Aufrechnung mit Forderungen von Kriegsgesellschaften herangezogen werden, wonach das Berufen auf die fehlende Gegenseitigkeit im Einzelfall rechtsmißbräuchlich sein und damit gegen § 242 BGB verstoßen könnte. Diese Billigkeitslösung muß jedoch dann ausscheiden, wenn man in der BGH Rechtsprechung zu den Kriegsgesellschaften den eigentlichen Schwerpunkt in einem gesellschaftsrechtlichen Haftungsdurchgriff sieht. Folgt man letzterer Ansicht, kann eine Aufrechnung mit einer Forderung gegen die Gesellschaft gegen die Inanspruchnahme aus § 171 Abs. 2 HGB im Konkurs nicht in Betracht kommen.

Literaturverzeichnis

Abkürzungen:

AcP	Archiv für civilistische Praxis
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
DB	der Betrieb
GmbH Rdsch.	GmbH Rundschau
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JUS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KTS	Konkurs-, Treuhand und Schiedsgerichts- wesen
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofs
NJW	Neue juristische Wochenschrift
OLGZ	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
WM	Wertpapiermitteilungen
ZGR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht

Baumann, Konkurs und Vergleich, Tübingen 1976

Baumbach-Duden, Handelsgesetzbuch, 22. Aufl.
München 1977

A.M. Berges, die rechtlichen Grundlagen der
Gläubigergleichbehandlung im Konkurs, in KTS 1957,
S. 49 ff

A. Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl.
Berlin/Frankfurt a.M. 1969

Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches,
Berlin 1896

Düringer/Hachenburg, das Handelsgesetzbuch, 3. Aufl.,
Bd. II/2, bearbeitet von Julius Flechtheim,
Mannheim/Berlin/Leipzig, 1932

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts,
Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung,
Tübingen 1958

Fischer, Anmerkung zu BGH, LM Nr. 1 zu § 172 HGB

Gersch/Herget/Marsch/Stützle, GmbH-Reform 1980,
Stuttgart-Wiesbaden 1980

Goldmann, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Bd.,
Berlin 1905

Großkommentar: Handelsgesetzbuch, begründet von
Hermann Staub, weitergeführt von den Mitgliedern des
Reichsgerichts, 2. Aufl., Bd. II, bearbeitet von
Otto Weipert, Berlin 1950;
3. Aufl., 2. Bd., 2. Halbbd., §§ 145-177, 335-342
bearbeitet von Schilling, Berlin/New York 1970

Karl-Heinz Gursky, Risikokumulation für den Kommanditisten
mit Sacheinlagepflicht, in DB 1978, S. 1261 ff

Hachenburg, GmbHG, Großkommentar, 7. Aufl. 2. Bd.,
§ 19 bearbeitet von Ulmer, §§ 30, 31 bearbeitet von
Goerdeler/Müller, Berlin/New York 1979

Hahn, Motive zum Entwurf der Konkursordnung, die
gesammelten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen,
Bd. IV, Berlin 1881

Heck, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929

Malte Hesselmann, die Einlagen der Gesellschafter einer GmbH & Co unter Berücksichtigung der Entscheidungen des BGH II ZR 183/75 und II ZR 54/77 in GmbH Rdsch. 1979 S. 149 ff.

Ulrich Huber, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts Heidelberg 1970

Axel Hunscha, die Anwendung der §§ 30 I, 31 GmbHG auf Zahlungen der GmbH & Co KG an ihre Kommanditisten, in GmbH Rdsch. 1973, S. 257 ff

Ernst Jaeger, Konkursordnung, 8. Aufl. Bd. I, bearbeitet von Friedrich Lent, Berlin 1958; Bd. II, bearbeitet von Friederich Weber, Berlin/New York 1973

Gerhard Kegel, Rohstoff- und Rüstungskredite, Rechtsfragen ihrer Abwicklung, in JZ 1951, S. 385 ff

Brigitte Keuck, die Haftung der Kommanditisten für Schulden der Gesellschaft, in ZHR 135, S. 410 ff

Koenige/Teichmann/Koehler, Handausgabe des HGB, 4. Auflage, bearbeitet von Teichmann und Koehler, Berlin 1936

Josef Kohler, neue Konkursrechtliche Forschung, in AcP Bd. 95, 339 ff

Udo Kornblum, die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften, Frankfurt a.M. 1972

Georg Kuhn, die Rechtsprechung des BGH zum Insolvenzrecht in WM 1976, S. 230 ff

derselbe, die Rechtsprechung des BGH zur KG, IV. Haftung, in WM 1974, S. 678 ff

derselbe, die Rechtsprechung des BGH zur KG, Sonderbeilage Nr. 1/78, Teil IV, in WM 1978

Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. I, allgemeiner Teil, 11. Auflage, München 1976

derselbe, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1975

Heinrich Lehmann, zur Aufrechnung der Reichsgläubiger gegen Reichsgesellschaften, in JZ 1952, S. 289 ff

Klaus Leven, zur persönlichen Haftung des Kommanditisten im Gesellschaftskonkurs, Dissertation, Köln 1966

Franz Mentzel, Konkursordnung, 8. neubearbeitete Auflage von Georg Kuhn, München 1976

Jürgen Mohrbutter, Handbuch des gesamten Vollstreckungs- und Insolvenzrechts, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1974

Motive zum Entwurf des BGB, Bd. I, Recht der Schuldverhältnisse, amtliche Ausgabe, Berlin 1888, = s. Mot. I

Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, Schuldrecht allgemeiner Teil, Redakteur: Helmut Heinrichs, München 1979

Oertmann, Kommentar zum BGB, 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Auflage, Berlin 1928

Planck/Silber, Kommentar zum BGB, 4. Aufl. II. Bd., 1. Hälfte, §§ 241-432, bearbeitet von Silber, Berlin 1914

Protokolle der zweiten Kommission zum Entwurf des BGB, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1895, = s. Prot. II

Carl Ritter, Kommentar zum HGB, 2. Aufl., München/Berlin 1932

Schlegelberger/ Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. Bd. II, kommentiert von Ernst Geßler, Berlin/Frankfurt a.M. 1963/65; Bd. IV, kommentiert von Wolfgang Hefermehl, Berlin/Frankfurt a.M. 1966

Karsten Schmidt, Einlage und Haftung des Kommanditisten, Köln 1977

derselbe, Kommanditisteneinlage, Kapitalaufbringung und Erhaltung in der KG, ZHR 76, S. 306 ff

Staub's Kommentar zum HGB, 14. Aufl., Bd. I, bearbeitet von Felix Bondi und Albert Pinner, Berlin/Leipzig 1932

Staudinger, Kommentar zum BGB, 12. Aufl., 2. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, erläutert von Hubert Kaduk, Berlin 1978

Teichmann und Sckick, Haftung bei einer als KG auftretenden BGB-Gesellschaft, V, in JUS 1975, S. 22 ff

Wolf Tschierschke, das Ausscheiden eines Kommanditisten und die Stellung des Ausgeschiedenen im Konkurs der Gesellschaft, Dissertation, München 1966

Wilhelm Uhlenbruck, die GmbH & Co KG in Krise, Konkurs und Vergleich, Düsseldorf 1977

Klaus Unger, die Haftung des ausgeschiedenen Kommanditisten im Konkurs der KG in KTS 1960, S. 33 ff

Harry Westermann, Ausgleichsansprüche des Kommanditisten, dessen Haftsumme die Pflichteinlage übersteigt, bei Inanspruchnahme von Gläubigern der KG, in Festschrift für C.H. Barz, Berlin/New York 1974

derselbe, Personengesellschaftsrecht, 3. Aufl. Köln 1975

Herbert Wiedemann, beschränkte und unbeschränkte Kommanditistenhaftung in Festschrift für Bärman, München 1975

Karl Wieland, Handelsrecht, I. Bd., München und Leipzig 1921

Lebenslauf

Am 1. Februar 1951 wurde ich in Göttingen als Sohn des damaligen Assessors Heinz Lichtenberg und seiner Ehefrau Sabine geboren.

Nach Besuch der Volksschule in Göttingen und Osnabrück trat ich 1962 in das staatl. Wittekind-Gymnasium in Lübbecke/Westf. ein, an dem ich 1970 die Reifeprüfung des mathematisch-naturwissenschaftlichen Zweiges bestand. Im Anschluß daran absolvierte ich eine zweijährige Banklehre bei der Dresdner Bank in Osnabrück. Danach studierte ich acht Semester Rechtswissenschaft an der Universität Freiburg i.Br..

Ab 1974 wurde ich als Stipendiat des Institutes für Begabtenförderung der Konrad-Adenauer-Stiftung gefördert.

Am 21.12.1976 bestand ich beim Landesjustizprüfungsamt Stuttgart die 1. juristische Staatsprüfung. Im Februar 1977 trat ich in den juristischen Vorbereitungsdienst im Bezirk des OLG Hamm ein.

Seit 16.12.1977 bin ich verheiratet und seit 28.6.1979 Vater eines Sohnes.

Am 21.9.1979 bestand ich vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf die 2. juristische Staatsprüfung und bin seit 22. Oktober 1979 als Rechtsanwalt in Dortmund zugelassen, ab 1.1.1980 Geschäftsführer einer Steuerberatungsgesellschaft.

